BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

Prof. di diritto romano nella R. Università di Roma

ANNO VI (1893)

ROMA
L. PASQUALUCCI, EDITORE

1894

LIBRARY
APR - 7 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

K
9
S75
Ohio 6

INDICE DEL VOLUME VI

(1893)

—

Memorie:

S. Perozzi, Fructus servitutis esse non potest. . . . . pag. 1

V. Scialoja, Nota al precedente articolo del prof. Perozzi . . 37

F. Patetta, Sul Ms. Vaticano Reg. Lat. 852 40

P. Bonfante, Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore 85

S. Riccobono, Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium 119

A. Ascoli, Sulla legge Cincia 173

S. Riccobono, Proposta di emendazione del frammento 25. § 2, D. XLI, 2. 229

E. Costa, Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare nel D. R. 245

Miscellanea epigrafica:

Raffaello Ricci, L'iscrizione di Arykanda. 41

Recensioni:

C. Ferrini, Il Digesto (rec. di S. Riccobono) 62

Articoli relativi al diritto romano nelle riviste italiane e straniere. 71-234

Bullettino bibliografico. 77-239

Notizie. 45, 172, 244

Necrologie:

Rudolf von Jhering e Windscheid (di V. Scialoja) 46

Sunto dei verbali delle riunioni dell'Istituto 83

FRUCTUS SERVITUTIS ESSE NON POTEST

Nell'adunanza 14 novembre 1891 dell'Istituto di diritto romano il professore Scialoia comunicava, in seguito a mia lettera privata direttagli, che io ritenevo erronea la regola comune circa la « causa perpetua » delle servitù, e che a mio avviso nella l. 1. D. 33. 2. (unico testo, che contenga la regola « servitus servitutis esse non potest ») doveasi leggere non « servitus servitutis » ecc. ma « fructus servitutis ». Avendo in altro mio lavoro [1] esposto tutto il mio pensiero rispetto alla « causa perpetua » in materia di servitù, vengo ora a dir brevemente le ragioni della mia opinione intorno all'altra massima.

Come ho detto or ora, la massima « servitus servitutis » non si trova che nella l. 1. D. 33. 2 di Paolo. V'ha però un'altra legge, ed è la l. 33. § 1. D. 8. 3. di Africano, in cui si legge: « neque servitutis fructus constitui potest ». Confrontinsi ora le due leggi.

La prima comincia con queste parole:

Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest.

[1] Perpetua causa nelle servitù prediali romane nella Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. XIV., fasc. II.-III.

La seconda dice:

Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

La prima cosa, che balza agli occhi, leggendo questi due testi, si è che le massime contenute in essi si sono come scambiate di posto; ciascuna ha lasciato il proprio posto, dove stava bene, per andare ad occupare il posto dell'altra, dove non sta più bene. Infatti la questione, che si pone Paolo, si è se possa esistere un usufrutto di servitù prediale; egli lo nega ed invoca la massima « servitus servitutis ». Non è chiaro ora che, poichè quella era la questione, la massima da invocare non era questa, ma invece l'altra: « fructus servitutis? » Viceversa Africano contempla l'ipotesi che alcuno, godendo della servitù prediale d'acquedotto, voglia concedere a un proprietario serviente o ad un altro vicino l'haustus dall'acquedotto. L'haustus è ora servitù prediale al pari dell'acquedotto. Qui dunque dovremmo attenderci di trovare citata la massima: « servitus servitutis »; invece Africano cita l'altra: « fructus servitutis ».

Sarebbe un rimedio troppo facile a questo stato di cose, quello di costringere le due massime a tornare ciascuna al suo posto, proponendo di leggere « fructus servitutis » nel testo di Paolo e « servitus servitutis » in quello di Africano. Invece noi dobbiamo trarre argomento dalla strana attuale loro posizione per esaminare entrambe le massime sia in sè che in relazione ai testi, in cui sono contenute, e a tutta la teoria romana delle servitù, al fine di proporre, in conseguenza dei risultati di questo esame, le correzioni che apparissero necessarie.

La correzione che io ora propongo è quella, come ho detto, di mutar « servitus servitutis » nel testo di Paolo in « fructus servi-

tutis »; io dico cioè che la massima citata da Africano va lasciata com'è, perchè essa sola era nota alla giurisprudenza romana; dico che l'altra massima « servitus servitutis » non è mai esistita, e che Paolo precisamente citava la stessa massima di Africano. Ciò per i seguenti argomenti.

Sono secoli anzitutto che la massima « servitus servitutis » si traduce così: « non può esistere una servitù sopra un'altra servitù ». L'aver per sè l'autorità dei secoli non toglie però all'interpretazione stessa di essere in sè insostenibile. In tutte le nostre fonti non mi riuscì di trovare che due soli testi, dove il genitivo susseguente a « servitus » indichi l'oggetto della servitù. Ma già questi testi non sono superiori ad ogni sospetto. L'uno è l. 6. § 1^{b}. D. 8. 6. « num ideo minus ea re fundi alterius servitus permanebit ». Qui sono evidentemente sbagliate le parole « ea re », che a questo luogo, più che superflue dopo l'« ideo », sono addirittura ingombranti. Sostituir loro qualche altra parola è quanto necessario altrettanto non facile. Io non sono alieno dal credere tuttavia che al posto loro stesse un altro termine (ad es. « respectu » « causa ») da cui dipendeva il genitivo « fundi alterius », che ora sembra dipendere da « servitus ». L'altro testo è l. 20. § 1. D. 41. 1: « si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri servitutis fundi detrahit, verumtamen obligat se debebitque praestare quod dixit ». Ma io dubito che « fundi » stesse nel testo d'Ulpiano. Quando vedo che in questo stesso § Ulpiano non dice « si servus fuit fundus, cum servitutibus *fundi* transit », ma semplicemente « cum servitutibus »; e poi di nuovo non dice « et si forte servitutes debebantur fundo qui traditus est, cum iure servitutium *fundo* debitarum transfertur », ma semplicemente « cum iure servitutium debitarum », mi pare indicato ritenere che Ulpiano continuasse anche poi a dire: « si quis igitur fundum dixerit liberum, cum traderet, eum qui servus sit, nihil iuri servitutis detrahit » e non scrivesse inutilmente « nihil iuri servitutis *fundi*

detrahit ». Tanto più che « fundi » in questa frase va per forza connesso a « iuri »; ora se si può pensare che « servitus fundi » potesse assumere il senso di servitù sul fondo, non si potrà mai pensare che « ius (servitutis) fundi » potesse significare il diritto (di servitù) sul fondo; ma dovea sempre significare il diritto (di servitù) del fondo. Io non voglio però insistere su questo punto.

Pongasi pure che i due testi siano corretti. Chi traduce al modo veduto la nostra massima dovrà però ammettere che altrove « servitus fundi » non indica la servitù *sul* fondo, ma la servitù competente al fondo, *del* fondo. Cito la l. 31. D. 8. 3. « sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posse », il qual passo non si può interpretare correttamente se non intendendo che vi si parli di perdita della servitù competente all'imus fundus (eiusdem fundi), rispetto al quale prima si domanda « num imus fundus id ius aquae amisisset » [1] [2]. In ogni caso adunque bisogna ammettere che il genitivo susseguente a servitus non indica necessariamente l'incidenza passiva della servitù, ma può anche indicare l'appartenenza della servitù. Che abbia questo o quel senso apparirà dal contesto del discorso. Siccome nel caso della nostra massima questo contesto manca, perchè essa sarebbe evidentemente un proverbio giuridico, che si citava a sè, completo per sè, così dobbiamo dire *per lo meno* che essa ha un senso ambiguo; che tanto cioè la si può interpretare: « non può esistere servitù *su* servitù » quanto « non può esistere servitù *di* servitù, cioè servitù a favore di una servitù ». Par possibile ora che i romani dettassero una massima di senso così incerto?

[1] Io intendo il testo così: il proprietario dell'imus fundus, che acquista la proprietà del summus fundus, perde di necessità il diritto di servitù su questo; resta a vedere se per l'unità della servitù non lo perda anche sul fondo intermedio; il giurista dice che lo conserva.

[2] Cf. con questa terminologia l. 1. § 12. D. 43. 20: etsi quidam ductus aquarum non sit fundi; l. 20. § 1. D. 8. 5: cum id quoque ius fundi, qui legatus est, videretur.

Ho detto « per lo meno » per la ragione che in realtà si può dire molto di più. In fatti quando « fundi » segue a « servitus » senza una fattispecie, che spieghi il senso del genitivo, questo senso, tutt'altro che rimanere ambiguo, diventa invece ben determinato; precisamente il genitivo è costantemente allora genitivo di appartenenza; *fundi* è il fondo a cui spetta la servitù, e non il fondo su cui grava. La frase « servitutes praediorum » sostituisce l'altra probabilmente più antica « iura praediorum » [1]. Quest'ultima non può significare che i diritti *dei* fondi e non *sui* fondi. E così adunque anche « servitutes praediorum » non può significare che servitù dei fondi, cioè spettanti ai fondi. Questo senso che ha il genitivo « praedii, fundi, rei » dopo « servitus » permise di usare il genitivo « personae » con « servitus » ad indicare le servitù personali. Perchè Marciano potesse scrivere l. 1. D. 8. 1.: « servitutes aut personarum sunt... aut rerum » e Papiniano l. 4. D. 8. 3: « pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi... praedii magis quam personae videtur » bisognava precisamente che il genitivo successivo a « servitutes » fosse un genitivo di appartenenza. Si potè dire « servitutes personarum » per servitù, che competono alle persone, precisamente perchè « servitutes rerum, praediorum» significava servitù competenti ai fondi, *dei* fondi, e non servitù *sui* fondi. La causa è quella indicata: « servitus » equivale a « ius ». Onde la stessa antitesi qui veduta Pomponio la esprime dicendo « hauriendi ius non hominis, sed praedii est » (l. 20. § 3. D. 8. 3.). Opinione comune e giusta si è che l'essere una servitù urbana o rustica dipenda dalla qualità del fondo dominante; ora ciò evidentemente presuppone ancora che per i romani la frase « servitutes praediorum urbanorum, rusticorum » significasse letteralmente le servitù, che competono ai fondi urbani o rustici, che cioè il genitivo avesse anche quì il senso di appartenenza. Codesta opinione ha principalmente per base Ulpiano l. 1. § 1. D. 8. 4: « ideo autem hae servitutes prae-

[1] Malgrado *Karlowa* röm. Rechtsgesch. II. p. 495.

diorum appellantur, quia sine praediis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium ». Il senso del testo è evidentemente questo: si chiamano servitù dei fondi, perchè non si possono acquistare che a un fondo. Così anche nel genitivo singolare « servitutem... vel urbani vel rustici praedii » abbiamo ancora un genitivo di appartenenza.

Visto questo, come evidentemente un romano, se alcuno avesse detto « servitus praedii esse non potest », avrebbe inevitabilmente inteso questa formula così: « non può esserci un diritto di servitù a favore di un fondo », così un romano, se alcuno avesse detto « servitus servitutis esse non potest », avrebbe inevitabilmente inteso questa formula così: « non può esistere una servitù a favore di un'altra servitù », la quale è una proposizione giuridicamente insensata. Lascio al lettore di vedere quanto questo non dubbio significato della frase « servitus praedii » usata a sè, come nome del diritto di servitù prediale, valga a confermare la mia ipotesi, che i due testi ove la frase la incontrammo nel senso opposto di servitù *sul* fondo, siano scorretti. A me basta di poter concludere che la traduzione presentata per secoli come naturale, certa, spontanea della nostra massima è tutt'altro che tale. Essa ha potuto sorgere e mantenersi solo per questo che nelle nostre lingue, se diciamo servitù di un uomo, di un popolo, e così anche di un fondo, intendiamo naturalmente la servitù che grava sull'uomo, sul popolo, sul fondo. Traducendo la frase « servitus servitutis » per « servitù di servitù », il « di servitù » veniva per noi ad assumere quindi codesto senso di oggetto della servitù. Liberiamoci da questo automorfismo linguistico, e sulla scorta delle osservazioni fatte troveremo che codesta traduzione e più il presentarla come evidente, indiscutibile è un granchio secolare. L'unica traduzione possibile è l'altra, che abbiamo veduta, cioè una traduzione secondo cui la massima non avrebbe giuridicamente senso veruno.

Ora dimentichiamo per un momento questo che ho detto sul senso di « servitus fundi ». Poniamo pure che i romani indicassero con questa frase sia la servitù sul fondo, che del fondo, e noi troveremo ancora che sempre la concezione della massima ha qualche cosa di antiromano. Se c'è cosa evidente per chi ha pratica delle nostre fonti è questo fatto che i giuristi romani, discorrendo delle servitù, hanno una cordiale ripugnanza ad unire a « servitus » il singolare « fundi, praedii » ecc. Si trova spesso detto « servitu es praediorum » per enumerarle, per dar delle regole generali intorno ad esse. Ma « servitus fundi, praedii » ecc. non si trova che nelle tre leggi menzionate. Il giurista romano ama girare sempre il discorso in modo da esprimere ciò che ha da dire intorno a una servitù, senza usar codesta frase, ricorrendo invece alle altre: « fundus qui servit, serviens, qui servitutem debet, cui servitus imposita est » ecc. per l'uno; « fundus cui servitus debetur, cui servitutem praestari oportet » ecc. per l'altro. Il genitivo « fundi, rei » ecc. dopo « servitus » non è usato nell' uno nè nell'altro dei due sensi possibili in discorso neppure dove sarebbe più indicato l' usarne. Il romano non dice ad es. « rei suae servitus non est » ma « nulli res sua servit »; cosa strana, mentre si trova pure ad es. « rei suae emptio non valet ». Codesta regola la troviamo espressa in altre due forme: « nullum praedium ipsum sibi servire potest » (l. 33. § 1. D. 8. 3) « nemo ipse sibi servitutem debet » (l. 10. D. 8. 4); ma mai la troviamo espressa in quell'altra forma, che pur sarebbe la più indicata, perchè la più breve. Così pure, procedendo, il romano non dice « quamvis maris servitus esse non possit » ma « quamvis mari... servitus imponi non possit » (l. 13. pr. D. 8. 4); non dice « area cuius servitus non est »; ma « area quae nulli servitutem debet » (l. 14. D. 8. 2); non dice « fundi Seiani manet servitus » ma « fundo Seiano manet servitus » (l. 20. § 2. D. 8. 3) ecc. Dall'altro lato non dice neppure « si fundus serviens vel is cuius servitus sit »; ma « si fundus serviens

vel is cui servitus debetur » (l. 23. § 2. D. 8. 3); non dice « quia proprii fundi per communem servitus esse potest », ma « quia proprio fundo per communem servitus deberi potest » l. 27. D. 8. 3) ecc. Per me, dopo quanto ho discorso prima, la ragione principale del non uso del genitivo in quei primi testi citati ad indicare la servitù sul fondo sta nel fatto che il genitivo non può che indicare la servitù del fondo. Messe in uso quindi le circonlocuzioni necessarie ad esprimere l'onere della servitù, fu cosa naturale che si usassero in forma antitetica le frasi stesse per indicare la servitù competente al fondo. Ma io non intendo di richiamare l'attenzione sul perchè di questa terminologia; non è da essa che intendo trarre illazioni. Io dico solo questo che, dinanzi all'uso costante di questa terminologia, la massima « servitus servitutis » non pare che possa essere esistita, perchè è contraria ad essa. Quella regola un romano la avrebbe espressa in ogni caso in queste forme: « servitus servitutem debere non potest » « servitus servituti imponi non potest » o in altra forma equivalente. Anche cioè se « servitus servitutis » potesse mai significare: servitù su servitù, ancora la nostra massima si presenterebbe stilisticamente per non romana. Codesto latino, anzi che come latino di un giurista romano, suona come latino di un giurista medievale.

Venendo ora al contenuto della regola, chi crede alla sua genuinità e la traduce arbitrariamente nel modo veduto, è nella poco felice condizione di non saper poi determinare chiaramente il senso della regola. Quale precetto legislativo sia implicito in questa massima è bravo chi lo sa dire. La ragione è semplice: la massima stessa così concepita nega piuttosto la possibilità, come oggi si direbbe, di una costruzione dogmatica, di quello che neghi la possibilità di costituire un diritto di un certo contenuto. Sia così per ciò che la formula dice, sia per quello che non dice, essa si presenta come una formula, che è impossibile attribuire ai

romani. Confrontisi la nostra regola con tutte le altre in materia di servitù e si sentirà che abisso separa quella da queste. Queste hanno tutte carattere e contenuto legislativo: « quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt quia nihil vicinorum interest non valet (l. 15. pr. D. 8. 1); pro parte dominii servitutem adquiri non posse vulgo traditur (l. 11. D. eod.); per partes servitus retinetur (l. 8. § 1. D. eod.); et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet (l. 6. § 2. D. 8. 5); Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat » (l. 15. § 1. D. 8. 1); nulli res sua servit (l. 26. D. 8. 2); cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur (l. 12. D. 8. 4); Neratius ait nec haustum nec appulsum pecoris nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat (l. 5. § 1. D. 8. 3). Ecco una serie di regole fondamentali, lette le quali, si capisce subito che contenuto pratico di diritto il giurista intendeva di ammettere o di negare. Da queste sentenze gli interpreti poterono trarre le loro chiarissime formule: servitus praedio utilis esse debet, servitus in faciendo consistere nequit ecc., che tutti non solo sanno, ma comprendono. La massima servitus servitutis è invece una massima sibillina. Essa mi dice che non si può logicamente concepire una servitù sopra un'altra servitù; ma non mi dice nulla su ciò che un titolare di una servitù può fare rispetto ai vantaggi, che trae dalla servitù. Se io cedo ad un terzo il diritto di attinger acqua dal mio acquedotto, che mi spetta per un diritto di servitù, la formula dice che questo diritto di attingere non potrà *concepirsi* come una servitù di haustus sulla mia servitù d'aquaeductus, ma sul punto se codesta concessione la possa validamente fare (costruendo codesto diritto di attingere naturalmente in altra forma) o non la possa fare in nessun modo: su questo punto, che è il capitale, la formula è perfettamente muta. Così la nostra formula sta evidentemente fuori come dalla grammatica giuridica e dallo stile giuridico così dall'ambiente giu-

ridico romano; essa è degna non di un giurista romano, ma di un giurista moderno appartenente alla scuola della logica giuridica, delle costruzioni dogmatiche.

E che costruzione è poi questa, la cui possibilità è negata dalla formula! La formula nega che possa esistere un diritto sopra un altro diritto. Un'osservazione molto prossima si è, che non si nega la possibilità di una cosa, quando manca del tutto l'idea che quella cosa possa essere. Ora in tutto il diritto romano noi non troviamo mai altrove traccia di una costruzione giuridica consistente nel concepire un diritto sopra un altro, nel far questo oggetto di quello. Io su questo punto seguo assolutamente l'opinione del Dernburg [1], tralasciando, nè è possibile fare altrimenti, di esporne quì le ragioni. Vuol dire che mancava del tutto una simile concezione; ma se mancava, si capisce da sè come a nessun romano potea venire in mente di negarne in un caso particolare la possibilità, come a nessuno cioè potea venire in mente di scrivere la nostra formula.

Meno che mai poi potea venire in mente ad alcuno di negare la possibilità di questa costruzione giuridica, trattandosi di una servitù. In tutte le nostre fonti la servitù è presentata nettamente come un diritto, che è legato attivamente e passivamente a due fondi determinati, che incide attivamente e passivamente su questi, in modo da non potersene separare. La necessità che la servitù spetti ad un fondo è manifestata in una proposizione apposita, come vedemmo poco fa, da Ulpiano; la necessità che la servitù colpisca un fondo non è espressa appositamente in nessun luogo dai nostri giuristi, a meno che non riteniamo che siano tolte dalle istituzioni di Ulpiano anche le ultime parole del § 3. I. 2. 3.: « nec quisquam debere, nisi qui habet praedium », il che non mi sembra probabile, perchè non si saprebbe altrimenti spiegare perchè siano state omesse nella legge citata d'Ulpiano. Ma che la servitù deva colpire un fondo risulta da qualche cosa di meglio di una dichiarazione esplicita; ri-

[1] Pand. I. § 293.

sulta da tutte le nostre fonti, dove sempre per oggetto della servitù non si trova che un fondo. È questa per i romani una di quelle necessità giuridiche, che non si dicono, perchè si presuppongono, perchè manca persino il dubbio che la cosa possa stare altrimenti. E si vuole, stando così le cose, che si formasse questo apoftegma giuridico, che non è possibile che la servitù colpisca come suo oggetto un altro diritto di servitù?

Non ultima ragione di non credere alla sua genuinità è il fatto di non trovarlo che in un solo testo. Questo apoftegma non compare in nessun luogo dei titoli in materia di servitù e lo si trova invece in un titolo in materia di diritto ereditario! Si ammetterà che la cosa è molto strana. Più strano è ancora che un'applicazione di esso ad un caso pratico non la troviamo che in quella legge 33. § 1. D. 8. 3, dove non la regola « servitus servitutis », ma sta invece l'altra « fructus servitutis ». Pare tutto questo compatibile coll'esistenza di un proverbio, che appunto perchè tale dovea essere molto noto, dovea essere citato in molte occasioni?

Per tutti questi motivi io sono dunque d'avviso che questo proverbio non sia esistito. Resta a dire le ragioni per cui invece va creduto all'esistenza della regola « fructus servitutis esse non potest » e per cui pare necessario di correggere in questo senso il testo di Paolo.

Intanto che la formula « fructus (cioè usus fructus) servitutis » sia linguisticamente corretta è cosa, che non ha bisogno di essere dimostrata.

È anche evidente che nel testo di Paolo sta molto bene, perchè precisamente l'ipotesi, ch'egli fa, è quella di un legato d'usufrutto di una serie di servitù prediali, che prima enumera, per poi negar l'ammissibilità dell'usufrutto di esse invocando una regola, che esclude l'usufrutto di tutte le servitù. Aggiungo che a fare qui la correzione, che io propongo, si è indotti da un'altra considerazione linguistica. Perchè Paolo potesse invocare la regola

« servitus servitutis » ad escludere l'usufrutto di una servitù, bisognava che in questa formula il primo termine « servitus » significasse sia la servitù prediale che la servitù personale; ma viceversa il secondo termine « servitutis » bisogna invece interpretarlo nel senso che indichi le sole servitù prediali; ciò perchè unaservitù prediale su personale non si concepisce, e servitù personale su personale, come usufrutto di usufrutto, è non solo concepibile, ma anche ammissibile in teoria, quantunque, com'io credo, la possibilità di questa figura non sia mai stata dalla giurisprudenza romana contemplata. [1] In ogni caso adunque la massima non può mirare che ad escludere le servitù personali o prediali su servitù prediali. Dunque si è costretti, per mantenere la regola stessa, a supporre che in questa formula la stessa parola « servitus » fosse usata in un senso più lato al nominativo, e in un senso più ristretto al genitivo immediatamente successivo. Questo è evidentemente assurdo. Mettiamo al posto di « servitus » il termine « fructus » e avremo tolto di mezzo questa flagrante assurdità.

La sostituzione non accomoda però le cose soltanto nei rispetti ora veduti. La regola « fructus servitutis esse non potest » ha una ragione di essere, che la regola « servitus servitutis » invece non ha. Il testo di Paolo, se facciamo la sostituzione, che io propongo, ci dice il senso e l'origine della regola stessa. Fin quì il testo stesso si interpretò nel senso che Paolo prima neghi che si possa costituire un usufrutto itineris, actus, viae, aquaeductus, invocando la regola antica di diritto civile « servitus servitutis » e poi passi a studiare se il senatusconsulto, che creò il quasi usufrutto, non dia valore, malgrado quella regola, al legato. Ciò egli farebbe colle parole:

[1] V. *Windscheid* Pand. I. § 206, n. 10. La figura usufrutto di usufrutto sarebbe in ogni caso dottrinaria e non pratica. Il proprietario di una cosa concederà su di essa l'usufrutto. Che senso avrebbe per lui cedere l'usufrutto dell'usufrutto? Chi ha invece l'usufrutto ne loca, ne vende l'esercizio, e così non ha neppur lui bisogno di costituire un usufrutto di usufrutto. Questa è la ragione, per cui nelle fonti l'usufrutto di usufrutto non compare mai.

nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit.

Dato il testo, com'è ora, non è veramente possibile interpretazione diversa. Ma questa necessità non ci deve impedir di vedere tutto ciò che di assurdo ha il discorso di Paolo. Il legato è legato d'usufrutto di un diritto; Paolo stesso, citando la massima « servitus servitutis » mostra d'intenderlo per tale; esso non può entrar dunque che in quei casi di usufrutto, che diventarono possibili solo in forza del senatusconsulto accennato. Paolo nega tuttavia che questa volta un simile legato regga, invocando la massima « servitus servitutis ». Detto questo, è evidente che non ha più senso comune lo studiar, se il legato può esser valido in forza del detto senatusconsulto e cercar la ragione per la quale il senatusconsulto non giova nei termini di questo. Che non possa esser utile se non in base del senatusconsulto è già sottinteso prima; si tratta di usufrutto di un diritto, e senza quel senatusconsulto interpretato largamente dalla giurisprudenza usufrutto di un diritto non si sarebbe potuto mai dare. La ragione dell'invalidità del legato è anch'essa detta prima; essa sta in ciò che « servitus servitutis esse non potest » e poichè il legato non potrebbe essere valido che pel senatusconsulto, questa ragione è secondo Paolo precisamente il motivo pel quale il senatusconsulto non serve. Dunque tutto il discorso sul senatusconsulto riesce un'inutile ripetizione di una ricerca già fatta e chiusa, con questo di peggio che è fatto in modo da far credere che prima il senatusconsulto non sia stato considerato, che non sia stato già detto perchè non serve, che insomma quella ricerca cominci ora e non sia invece già compiuta.

Il testo muta aspetto, se invece di « servitus servitutis » leggiamo « fructus servitutis ». Allora Paolo scrive benissimo. L'ordine delle sue idee diventa questo: il legato dell'uso o dell'usufrutto itineris actus viae aquaeductus è invalido, perchè non

ci può essere fructus servitutis. O perchè sarà invalido per questo motivo, il che torna a dire o perchè non ci può essere fructus servitutis, dal momento che v'ha un senatusconsulto, il quale ammette che si possa legar l'usufrutto di tutto ciò, che è in bonis? Perchè, risponde Paolo, id neque ex bonis neque extra bona sit. Così il testo riesce esattamente diviso in due parti, bene coordinate tra loro, e ciascuna delle quali ha la sua propria funzione. Nella prima si decide del legato chiaramente, come si deve, dal punto di vista del senatusconsulto, invocando una massima, che è evidentemente stabilita in relazione a questo, e che pare a primo aspetto ad esso contraria. Nella seconda, tutt'altro che darsi l'aria di cominciar a ricercare se il senatusconsulto può render valido il legato, e di scoprir ora la ragione per cui non può, quando la ricerca fu già fatta e la ragione già data, il giurista ricerca invece per quale motivo codesta massima, malgrado i termini del senatus-consulto, si è stabilita.

Noi abbiamo in altri termini nel testo di Paolo e in particolare nella massima « fructus servitutis » nient'altro che un prodotto del senatusconsulto in discorso. Questo era amplissimo. La giurisprudenza ne restrinse prima l'applicabilità alle cose consumabili. Nerva negava che si potesse dare usufrutto di crediti (l. 3. D. 7. 5). Poi però questo si ammise. Ammesso una volta l'usufrutto di un genere di diritti, era naturale che si pensasse che di tutti i diritti si potesse avere l'usufrutto, e che quindi, come si potea legare l'usufrutto nominum, si potesse legare l'usufrutto anche di servitù. Questa possibilità la giurisprudenza la ha negata, affermando che « fructus servitutis esse non potest ». Paolo dice questo e dice la ragione della regola. La quale non pare più così oziosa com'era l'altra: « servitus servitutis ». Dati i termini del senatusconsulto e l'estensione di esso all'usufrutto di diritti, la giurisprudenza si trovava spinta di necessità a formulare questa norma come derivante dall'indole delle servitù.

Veduta questa origine della regola « fructus servitutis », noi spieghiamo benissimo un fatto, che ha dato molto da fare agli interpreti. Paolo non distingue nel testo il caso che alcuno, godendo già di una servitù prediale a favore del proprio fondo sul fondo vicino, leghi l'usufrutto di codesta servitù, da quello che alcuno, essendo semplicemente proprietario di un fondo, leghi l'usufrutto di una servitù prediale da esercitare su quel suo fondo a favore del legatario vicino. Come mai non la fa questa distinzione? Se supponiamo che la regola da lui invocata fosse « servitus servitutis », che egli cioè invocasse un'antica massima, per negare la validità di un caso pratico di legato, egli avrebbe dovuto chiarir meglio il caso stesso, a cui applicava la massima, il quale non poteva essere che usufrutto di una servitù già esistente, cioè il primo di quelli veduti. Ciò perchè evidentemente la massima avrebbe mirato a impedire l'alienazione parziale di una servitù, che ci competeva, di una servitù cioè esistente; nel caso contrario non si avrebbe avuto alienazione di sorta. Noi invece intendiamo benissimo, perchè questa distinzione non è fatta, se supponiamo che la massima fosse « fructus servitutis » e che questa avesse l'origine descritta. Confrontisi colla legge di Paolo l. 11. § 2. D. 20. 1 di Marciano.

Usus fructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet ecc.

Il lettore vede subito che rapporto corre tra questa legge e quella, che stiamo considerando. La questione, di cui parla Marciano, è nata evidentemente da una causa perfettamente analoga a quella, da cui è nata la questione trattata da Paolo. Ciò che fece porre la domanda, se può darsi pegno di un usufrutto è precisamente l'essersi ammesso che potessero darsi in pegno anche diritti. Ciò senza dubbio non si ammetteva in origine. Anche qui probabilmente la prima cosa incorporale, che si ritenne passibile di pegno, furono i crediti. Che questa forma di pegno sia nata dopo che era ammesso

il pegno su cose corporali, appare già dalle frasi con cui se ne parla; si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio (l. 18. D. 13.7); nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pridem placuit (l. 4. C. 8. 16); postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur l. 7. C. 4. 39. Ammesso così il pegno sopra un genere di diritti, si proseguì coll'ammettere in epoca incerta il pegno su pegno, e finalmente si pose per un motivo evidente d'analogia la questione del pegno sull'usufrutto. Ma appunto per essere nata la questione dalla contemplazione della possibilità teorica di dare a pegno un diritto, la questione stessa fu posta nella forma generica del pegno sul diritto di usufrutto, in modo da comprendere così sia il caso del pegno sopra un usufrutto autonomo, sia del pegno sopra il diritto di usufrutto implicito nel diritto di proprietà. Marciano li nomina i due casi; Paolo non li distingue per l'usufrutto di servitù esplicitamente; ma nella sua formula sono compresi entrambi. Alle due questioni: 1) pegno dell'usufrutto, e 2) usufrutto di una servitù sono date risposte diverse. Papiniano presso Marciano nella l. 11. § 2. D. 20. 1 cit. invoca per la validità del pegno di usufrutto il principio: poichè l'usufrutto si può vendere, si deve poter anche dare in pegno; Paolo invece nega la possibilità dell'usufrutto di una servitù prediale, per la ragione che il caso non entra nei termini del senatusconsulto.

Ho citato come termine di confronto questa legge sul pegno dell'usufrutto, perchè meglio si presta a mettere in rilievo l'origine della massima « fructus servitutis ». Del resto più parallela ancora alla legge, che consideriamo, è l'altra legge 12. D. 20.1 di Paolo:

Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Anche qui troviamo posta la stessa questione del pegno su di un diritto di servitù prediale cogli stessi termini usati da Paolo a porre quella di un usufrutto su di una servitù prediale, cioè menzionando le quattro servitù tipiche principali. Anche qui, come nella legge precedente di Marciano sul pegno dell'usufrutto e nella legge di Paolo sull'usufrutto di servitù, la questione è posta in modo da abbracciare i due casi possibili veduti e sempre per la medesima ragione. Io non voglio entrare nella questione se in forza di questa legge 12 si possano dare a pegno anche le servitù urbane, malgrado l. 11. § 3. D. 20. 1, o se non si possa e perchè; io voglio avvertire questo solo che è arbitrario sostenere, come fa taluno, che la legge ammetta solo il pegno di una servitù non ancora esistente da parte del proprietario di un fondo. No: la legge non distingue i due casi, e dobbiamo oramai dire che non li distingue, nel senso che li abbraccia entrambi, proprio perchè nella legge prima esaminata di Marciano sono entrambi compresi, e perchè non sono distinti e quindi compresi nella legge di Paolo sull'usufrutto di servitù. I tre testi così hanno tutti lo stesso carattere, lo stesso tipo vorrei dire; sembrano scritti sulla medesima falsariga. Sono tali pel genere della questione, che studiano, pel modo in cui è posta, per la causa evidente per cui è posta; sono tali infine persino per quella comune dichiarazione sul modo pratico di attuare la volontà dei contraenti o del costituente, colla quale terminano tutti e tre. I quali testi evidentemente non contengono per nulla delle figure di legati o di contratti pratiche. Gli interpreti si sono dati molto da fare intorno al modo di costruire giuridicamente i tre casi e intorno alla teoria relativa. Non credo che fosse la pena di far questo. Questa volta, contro il solito, non la vita pratica ma lo spirito teorico ha fatto sì che i giuristi romani si occupassero di questi casi. Il modo indeterminato con cui son descritti e le soluzioni date serbano l'impronta evidente della origine teorica, speculativa, del tutto dottrinaria insomma delle sentenze in discorso. Il problema, che in esse si studia, è connesso a una formula legi-

slativa come quella del senatusconsulto sul quasi usufrutto o a una possibilità teorica come quella della pignorabilità dei diritti; la soluzione è una penosa applicazione dell'essenza dei diritti d'usufrutto o di pegno. Paolo prende il principio che l'usufrutto non dura oltre la vita dell'usufruttuario e concede o un diritto di obbligazione o una servitù prediale vitalizia; Papiniano si giova della vendibilità dell'usufrutto, cioè del suo esercizio (nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur?) per risolvere la questione in una maniera molto oscura, in cui di chiaro c'è questo solo, che egli intende che il creditore sia almeno di fatto in possesso dell'usufrutto, come ogni creditore pignoratizio in senso stretto è in possesso del pegno. Pomponio crea anche lui a favore del creditore non si sa bene, come prima, se un possesso o un diritto di servitù, che gli verrebbe o alienato (se il debitore dà a pegno una servitù che gli compete) o concesso (se il debitore dà a pegno una servitù sul suo fondo) con facoltà di un'ulteriore alienazione, applicando così più che l'idea che il pegno dà diritto al possesso, quella che dà diritto alla vendita. Tutto ciò senza quelle precise determinazioni del loro pensiero abituali ai nostri giuristi tutte le volte che applicano principii stabili di diritto a casi veramente pratici.

Veduto questo intimo rapporto tra questi testi, io credo che non sia più possibile dubitare che proprio nel testo di Paolo stava non la massima « servitus servitutis », che vi troviamo, ma l'altra ch'io sostengo: « fructus servitutis », cioè quella, che troviamo nel testo d'Africano, del quale ora ci conviene parlare distesamente.

Tutto l'acume degli interpreti non è riuscito, nè potrà riuscir mai a togliere di mezzo i molti e gravi vizi di esso. Mettiamoli in rilievo. Alcuno, dice il giurista, conduce l'acqua per i fondi di più proprietarii, avendo acquistato in qualunque modo la servitù relativa. Se non seguì un patto o una stipulazione anche su questo,

costui non potrà cedere l'haustum nè ad alcun proprietario serviente, nè ad un terzo vicino, perchè, se invece codesto patto o stipulazione avvennero, si suole concedere anche questo. Fermiamoci qui. Dicendo il giurista: se non seguì pactum vel stipulatio *etiam de hoc*, egli dà ad intendere che la stessa servitù d'acquedotto era stata costituita con pactum et stipulatio. Ma come mai ci dà qui ad intendere questo, se prima parla di una servitù d'acquedotto *quoquo modo imposita?* Qui c'è contraddizione irrimediabile d'ipotesi.

« Et hoc concedi solet » vuol dire che si può « concedere haustum ». Ma perchè l' « hoc », quando è menzionato soltanto l' « haustus » nome maschile? E perchè poi si ripete con « pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet » ciò che si è già detto prima colla frase « nisi pactum » ecc.? Infine il giurista dice che in ogni caso la cessione dell'haustus sta, benchè nessun fondo possa servire a sè stesso, nè possa esservi usufrutto di servitù. Questa chiusa è sibillina. Vuol dire il giurista che questa cessione dell'haustus non urta contro queste regole? O come mai non ci dice allora come avviene questo, mentre dal momento che *cedere haustum* significa cedere una servitù o prediale o personale, abbiamo innanzi tutta l'apparenza di una servitù prediale o personale costituita o sul fondo, che serve all'acquedotto, a favore del fondo stesso, o sulla stessa servitù d'acquedotto a favore di un terzo? E se, viceversa, intendeva di dire che le regole sono violate, come mai possiamo noi ammettere che già al tempo d'Africano si siano violate, mentre tutti i giuristi ripetono o applicano la massima « nulli res sua servit » e Paolo ancora dice tanto tempo dopo Africano « fructus servitutis esse non potest »?

Il vero si è che siamo innanzi ad un testo interpolato in mala forma [1]. Lo stesso caso, che contempla Africano, di haustus a favore

[1] Io non mi occupo che dell'interpolazione del § 1 di questa legge. Che sia interpolato anche il pr. dimostra già il *Pernice* Labeo III, pag. 103, n. 3.

di un proprietario serviente da un acquedotto altrui, è contemplato in l. 2. D. 43. 21 di Paolo:

Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam: quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione quam ex iure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset.

Queste ultime parole: « nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset » sono evidentemente interpolate. Come sono interpolate queste, sono anche evidentemente interpolate le parole « nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat » in un'altra legge, ove pur si contempla l'ipotesi, che si voglia coprire un rivo aperto, cioè in l. 1. § 11. D. 43. 21 di Ulpiano:

Proinde et si per alium locum velit ducere, impune prohibetur: sed et si eundem rivum deprimat vel adtollat aut dilatet vel extendat vel operiat apertum vel contra. ego ceteros quidem impune prohiberi puto: at enim eum, qui operiat apertum vel contra, eum non puto prohibendum, nisi si quam maiorem utilitatem suam adversarius ostendat.

L'interpolazione ha chiaramente la stessa tendenza della precedente: si vuole che colui, pel cui fondo passa l'acquedotto, conservi la « maior utilitas » che nel caso di pretesa di coprire il rivo aperto non può essere che il « commodum hauriendi. »

Questa seconda interpolazione io non la rilevo che per fondar meglio il mio discorso sulla prima. Tornando alla quale noto che se le parole « nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset » sono interpolate, abbiamo così constatati due fatti: 1° che al tempo di Pomponio, che è contemporaneo di Africano, non lo si ammetteva un diritto d'haustus del proprietario serviente sull'acquedotto, che traversa il suo fondo. Infatti il giurista nega assolutamente che mai egli possa aver acquistato codesto diritto. Ora ciò non può dipendere che dall'impossibilità d'acquistarlo. Altrimenti la negazione

sarebbe troppo assoluta. Il proprietario serviente avrebbe potuto aver tanto tempo esercitato l'haustus, da averne acquistato il diritto per diuturnus usus, o fors'anco per patientia del titolare dell'acquedotto; 2° che è stato Giustiniano ad ammettere ch'egli potesse avere codesto diritto, purchè « in servitute imponenda id actum esset. »

Posto in sodo questo, noi siamo autorizzati a ritenere che il testo di Africano, che indicherebbe uno stato di diritto diverso da quello, che conosce Pomponio, sia anch'esso interpolato; che Africano cioè non ammettesse la concessione dell'haustus a favore del proprietario serviente, ma che Giustiniano la abbia ammessa alle stesse condizioni. Se è poi interpolato il testo per questo caso, è naturale ritenere che sia interpolato anche per l'altro, cioè per la concessione dell'haustus al terzo vicino. Di questa interpolazione abbiamo del resto prove nel testo stesso d'Africano. Io credo che siamo nella felice condizione di poter costruire almeno approssimativamente il testo originale d'Africano, e cogliere così non solo le interpolazioni, ma anche il perchè si fecero in questa forma. Africano [1] avea scritto:

Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute; neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere; quia nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

Naturalmente non dico che queste siano le parole precise di Africano; ma l'ordine delle proposizioni dovea essere questo e sopratutto dovea cominciare con « quia » o con altro termine equivalente anzi che con « quamvis » l'ultima proposizione. Il testo così concepito è perfettamente buono, logico, in tutto corrispondente allo stato di diritto esistente al tempo d'Africano. Il giurista nega

[1] Quando dico Africano, s'intende che io nomino il giurista o quello scrittore che secondo il *Kalb* (Roms Juristen p. 66 seg.) fece una rielaborazione delle sue quaestiones. Nella questione se l'ipotesi del *Kalb* stia, non è qui il luogo d'entrare.

anzitutto che si possa « cedere haustum » al proprietario serviente e lo nega *perchè* « nullum praedium ipsum sibi servire potest. » Il che vuol dire che egli concepiva la concessione come concessione di servitù prediale sul fondo serviente a favore di questo e a questa concessione si adatta appunto la frase « cedere haustum ».

Noto incidentalmente a proposito di questa motivazione come essa riesce una conferma dell'impossibilità, da me asserita, che i Romani concepissero mai la costruzione giuridica: servitù su servitù. Africano infatti avrebbe potuto concepire la concessione dell'haustus al proprietario serviente come servitù d'haustus su servitù d'acquedotto. Invece a lui non si presenta che una sola costruzione come possibile, cioè servitù a favore del fondo serviente sul fondo serviente stesso. Tanto per un romano era necessario che la servitù avesse a suo oggetto il fondo. Quanto al secondo caso, cessione dell'haustus al terzo vicino, il giurista parte evidentemente dal presupposto che codesta cessione non può concepirsi che come cessione dell' « usus » della servitù d'acquedotto, e nella stessa maniera che Paolo invocava la regola « fructus servitutis » per negare non solo la possibilità di un usufrutto dell'iter, dell'actus, della via, dell'acquedotto, ma anche dell'*usus* di codeste servitù (nec usus, nec usus fructus itineris ecc.), così Africano invoca la massima stessa per negare la validità della cessione dell'haustus al vicino.

Questo vedere nella concessione dell'haustus in questa ipotesi solo una cessione d' « usus » della servitù d'acquedotto non deve sorprenderci; un tal modo di vedere si coordina al giudizio che anche in altri testi è espresso intorno a simili concessioni.

Guardisi la l. 24. D. 8. 3 di Pomponio:

Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est.

Anche accettando la proposta del Mommsen di leggere « duci »

in luogo di « uti », nel qual caso « ea » anzi che a « servitus » si riferirebbe ad « aqua », anche allora resta pur sempre che il permesso al vicino di usare dell'acqua dell'acquedotto era ridotto da Labeone sotto il concetto di « commodare » in senso improprio, cioè di « utendum dare » [1] l'acquedotto stesso. Il « commodare » avea luogo quando si concedeva come obbligazione un godimento gratuito. Africano, che suppone la volontà di « cedere haustum », cioè di procurare un diritto reale d'attingere dall'acquedotto, vede in codesta concessione non più un « commodare » ma pur sempre un « uti » cioè il quasi usufrutto della servitù, come per Labeone c'era nel caso veduto un « utendum dare » la servitù stessa. Lo stesso concetto che, comunque si chiami un terzo vicino al godimento della servitù, che ci compete, la concessione non può rientrare che nell'idea di « utendum dare » la servitù stessa risulta dalla sentenza di Ulpiano l. 44. D. 19. 2.

Locare servitutem nemo potest.

Anche il contratto di locazione di cose è diretto all' « uti frui icere ». Chi chiamava un terzo in forma obbligatoria a godere della sua servitù per un certo tempo e per un certo prezzo, costui non facea per i romani che « locare » servitutem, darla cioè ad *uso*. Africano adunque, vedendo nella cessione dell'haustus al terzo una cessione dell' « usus » della servitù d'acquedotto, non fa che veder quello che vedono in ciò tutti gli altri giuristi. La concessione di un uso gratuito dell' acquedotto in forma di un diritto d'obbligazione prendea la figura di commodato della servitù; la concessione nella stessa forma di un uso per prezzo prendea la figura di locazione della servitù; la concessione di un diritto reale d'uso da esercitare contro ogni titolare del fondo dominante e serviente (il cedere haustum d'Africano) prendea la figura di « usus » della servitù. Il concetto è così sempre uno: ogni simile concessione è concessione d'uso della servitù, e questo diritto d'uso prende forma e carattere

[1] V. *Pernice* Labeo I. p. 429 seg.

diverso secondo che le parti ordinano la concessione nell'uno o nell'altro dei modi veduti.

È facile vedere come i nostri giuristi vennero a concepire, pur respingendole, simili concessioni a terzi solo in questa forma. Che nessun titolare di una servitù prediale potesse comunque separare il diritto di servitù dal fondo a cui compete ed alienarlo a favore di un altro fondo, e quindi neppure distrarre dalla servitù una parte delle facoltà, che ne formano il contenuto, era per essi qualche cosa di evidente, di presupposto. Il diritto di servitù prediale è così inseparabile dal fondo, come il diritto di servitù personale è inseparabile dalla persona, a cui compete. Ma appunto come l'inseparabilità del diritto d'usufrutto dalla persona non toglie che se ne possa concedere l'esercizio ad altri, come cioè ogni concessione a terzi di godere del diritto di servitù d'usufrutto entra nel concetto di cessione dell'uso della servitù, ed è perciò valida, così per i giuristi ogni permesso a terzi di godere della servitù prediale entra nel concetto di cessione dell'uso della servitù, ed essi ricercano se sia o non sia valida. Ricercano se sia valida la cessione in via obbligatoria dell'uso gratuito della servitù, se sia valida la cessione pure in via obbligatoria dell'uso oneroso, ricercano infine se pel senatusconsulto, in forza del quale si ammise l'usufrutto di diritti, non diventi valida la cessione dell'usufrutto della servitù. Respingendo tutte e tre queste possibilità, la giurisprudenza ha elevato il legame della servitù prediale col fondo dominante da legame formale in legame materiale. In altri termini la giurisprudenza veniva ad affermare che la servitù prediale non solo è *del* fondo, ma è *pel* fondo. Così riusciva completo il distacco della servitù prediale dall'usufrutto. Quella diventava inalienabile sia formalmente che materialmente. Questo rimaneva inalienabile solo formalmente. La servitù prediale è inalienabile, cioè sia pel diritto che per l'uso di esso; la servitù d'usufrutto è inalienabile solo nel primo rispetto, non nel secondo. Ma, come appare, mentre l'inalienabilità del diritto di ser-

vitù prediale è un principio tanto antico e tanto fermo, da non trovarsi mai nelle fonti una dichiarazione di esso, da non trovarsi neppur contemplata la possibilità che alcuno si sogni di cedere in tutto o in parte ad altri il diritto di servitù, che gli compete; invece l'altro principio dell'inalienabilità dell'uso della servitù prediale non si stabilì che durante la giurisprudenza classica ed evidentemente non senza qualche fatica. Labeone codesta idea non la possiede ancora. La prima assoluta affermazione di essa è in Proculo. Forse [1] Giuliano la ripetè. Certo la ripetono i suoi scolari Pomponio e Africano. Gli ultimi giuristi Ulpiano e Paolo credono ancora opportuno di insistervi.

Questo modo di considerare la concessione dell'haustus dall'acquedotto muta, come vedemmo, in Africano, quando la concessione è fatta a un proprietario serviente. Allora la concessione dell'haustus egli la concepisce proprio come cessione di servitù prediale. Donde il diverso concetto? Rispondere è difficile, e sopra tutto è difficile, per non dire impossibile, dare la prova che la risposta coglie nel vero. Io sottometto tuttavia al giudizio del lettore questa che mi pare la spiegazione più verisimile.

L'usufrutto è inalienabile si dice; meglio si farebbe a dire: è inalienabile a terzi estranei, ai quali non si può cederne che l'uso. Ma non è inalienabile al « dominus proprietatis ». Noi riduciamo sotto il concetto di *rinuncia* la restituzione dell'usufrutto al dominus proprietatis colle forme di legato, recessio in iure, remancipatio. In realtà il fatto stesso che manca una « derelictio » dell'usufrutto, come v'ha invece una derelizione della proprietà, il fatto stesso ancora che pur la derelizione della proprietà, cioè la perdita del diritto per rinuncia non fu ammessa che dai Sabi-

[1] Alludo al rapporto tra le quaestiones d'Africano e Giuliano asserito da parecchi scrittori (v. le citazioni in *Kalb* op. cit. p. 70 e n. 2). Anche l'affermazione generale della dipendenza di Africano dalla scuola di Giuliano resta nei limiti stabiliti dagli storici del diritto romano, sia quanto alla probabilità del fatto, sia quanto alla maggiore o minore strettezza della dipendenza in questione. V. per tutti *Krüger* p. 177 segg.

niani, e infine il fatto che le forme stesse usate per questa pretesa rinuncia dell'usufrutto sono le stesse precise usate per costituirlo provano che un romano non vedeva in quei tre casi una *rinuncia* al diritto, ma un vero e proprio trasferimento, un'alienazione dell'usufrutto al « dominus proprietatis »[1]. In questo riguardo adunque dell'inalienabilità del diritto d'usufrutto si facea una distinzione tra proprietario serviente e terzi. A questi non si aliena il diritto, ma si cede l'uso; a quello si aliena il diritto stesso, il quale solo pel fatto che, ricongiungendosi alla proprietà, si perde nel concetto di questa viene ad estinguersi.

Io credo che la stessa distinzione quanto all'inalienabilità del diritto si facesse anche per la servitù prediale. Fu sempre sino ab antico ammesso che a terzi non si potesse alienare il diritto, e solo poi si ritenne che non si potesse alienar loro neppur l'uso. Ma anche la servitù prediale si poteva alienare al dominus serviente nelle stesse forme con cui si alienava al dominus proprietatis l'usufrutto. Essa pure cioè, inalienabile come diritto a terzi, era alienabile pur come diritto a favore del proprietario serviente. Se ora in forza di questa alienazione il proprietario serviente riacquistava un diritto implicito nel concetto di proprietà, la servitù si estingueva; se invece non era implicito, pareva che egli venisse ad acquistare una servitù sul suo fondo. Tale è il caso contemplato da Africano. Il proprietario serviente, il cui fondo è soltanto attraversato dall'acquedotto, non ha neppur come proprietario il diritto di attingere un'acqua non sua. Gli cedo io titolare dell'acquedotto l'haustus; e la mia concessione prende figura di un'alienazione parziale a suo favore della mia servitù d'acquedotto; abbiamo cioè

[1] Gaio 2. 30 non pone infatti l'antitesi tra alienazione e rinuncia ma tra in iure cessio al dominus proprietatis e al terzo; l'atto è sempre il medesimo; alienazione, ma è valido o invalido, secondo la persona a cui si fa. Vedansi le sue parole: ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem: alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi.

ch'egli è costituito titolare di una servitù, da esercitare pel suo fondo sul suo fondo. La servitù sarebbe invalida già pel motivo che haustus da un rivo non è ammesso, perchè non si eserciterebbe su acqua avente « perpetuam causam », cioè perenne. Africano invece si limita al motivo più prossimo d'invalidità, cioè che così un fondo servirebbe a sè stesso. Tale pare a me la spiegazione più plausibile del modo, con cui Africano considera questa concessione al proprietario serviente, modo così diverso da quello con cui considera la concessione al terzo vicino. Non è qui il luogo di ricercare come si formò l'uno e l'altro concetto. A me basta di affermarne l'esistenza e di mettere in rilievo così, come non solo il testo d'Africano, quale lo ho ricostituito, risponde allo stato di diritto positivo esistente al suo tempo, ma com'esso si coordina anche a tutto il pensiero giuridico romano in questa materia, che stiamo considerando.

Giustiniano muta ora questo stato di diritto, quale risulta dal testo originale d'Africano, e lo muta col suo solito metodo e dentro i limiti veduti esaminando la l. 2. D. 43. 21. Egli comincia col riportare le prime parole del testo:

Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute.

Qui subito introduce uno dei suoi soliti « nisi »: « nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est », frase in tutto corrispondente all'altra veduta nella l. 2. D. 43. 21: « nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset ». L'interpolazione appare anche dalla manifesta contraddizione, già rilevata, colle parole precedenti, cioè tra il parlare prima di « quoquo modo imposita servitute » e discorrer poi come se la servitù d'acquedotto fosse stata costituita con pactum et stipulatio.

La contraddizione è nata evidentemente da questo che mentre al tempo d'Africano i modi di costituzione delle servitù per volontà delle parti erano molti, al tempo di Giustiniano l'unico modo di costituzione nel quale « ab initio » si potesse dire che tra le parti

« id actum esset » che avesse luogo la concessione in discorso era precisamente il « pactum et stipulatio ». Dei modi civili di costituzione non rimaneva più in vigore che il legato e l'adiudicatio; ma questi non erano tali che le parti di mutuo accordo potessero in occasione di essi far codesta concessione. Dei modi pretorii non si prestava a ciò nè la traditio, nè il diuturnus usus; non restava adunque come modo di costituzione della servitù, in occasione della quale le parti potessero stabilire ciò, che appunto il pactum e la stipulatio[1].

Introdotto il suo « nisi », il compilatore proseguì copiando quel diniego che in Africano era assoluto:

Neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere.

Ma in Africano seguiva subito a questo diniego la ragione del diniego consistente in due principii di diritto, che l'imperatore non voleva sopprimere a questo luogo, per timore che alcuno in base ad essi respingesse la concessione fatta. Bisognava adunque lasciarli nel testo, mostrando così che si erano considerati ed usare una frase, che mostrasse insieme che malgrado essi la concessione ha luogo. A tal fine si usò una nuova interpolazione; si cominciò anzitutto col ripetere il nuovo principio di diritto introdotto: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet.

Niuno potrà mai pensare che siano d'Africano queste parole; dopo il « nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est » esse sono, come rilevai, perfettamente oziose; non si fa con esse che dire in modo diretto, ciò che prima si è detto in modo indiretto, ma altrettanto evidente. Effettivamente la ripetizione non ha altro scopo da quello di permettere al compilatore di afferrare l'ultima proposizione di Africano, modificando il « quia » originale in un « quamvis ».

Quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

[1] Ciò significa che io respingo la spiegazione del comparir qui il pactum et stipulatio, che dà *Ihering* Pass. Wirk. der Rechte nei Gesamm. Aufs. II, p. 336, n. 213.

Queste parole non potevano unirsi a quelle, che sarebbero immediatamente precedute: neque eorum cuivis ecc.; queste contenevano infatti la negazione della concessione; bisognava unirle invece alla concessione stessa, che facea l'imperatore; così diventava necessaria la ripetizione in forma diretta della concessione, ripetizione che abbiamo vista prima.

In questo modo è nato il frammento, che ci sta dinanzi, colle sue contraddizioni, colle sue ripetizioni, col sibillino significato dell'ultima proposizione. Significato che finalmente ci è chiarito dal punto di vista Giustinianeo; l'imperatore non vuol altro che far capire che non intende che per quelle due antiche regole di diritto sia tolto valore alla concessione dell'haustus pel caso che « ab initio in constituenda servitute id actum esset ». Sul punto, se la concessione che fa viola le regole, o no, egli è muto.

La costruzione giuridica positiva della sua concessione, la lascia così tutta agli interpreti. E, com'è noto, questi possono erigerla e l'hanno in realtà eretta in cento modi, i quali io non esaminerò; a me basta notare questo che il nostro testo non ha più, dirò così, carattere scientifico, ma meramente carattere legislativo. L'imperatore introduce questa norma: chi ha l'acquedotto può stabilmente permettere a qualunque proprietario del fondo serviente, evidentemente come diritto, che passerà ad ogni proprietario del fondo stesso, di attingere acqua dall'acquedotto; e la stessa concessione colla stessa forza potrà farla ad ogni proprietario di un fondo vicino. Coll'ultima proposizione « quamvis ecc. » l'imperatore non fa che dimostrare che ha visto l'ostacolo e che tuttavia ci passa sopra. È opera e tempo perduto estrarre da quest'ultima proposizione una costruzione giuridica della concessione stessa o contraria alle due regole o favorevole al loro mantenimento, quasi che la proposizione stessa contenesse un pensiero positivo del legislatore in proposito. L'imperatore vuol dire questo solo, che in ogni caso da queste regole non vuol essere impacciato.

Quali le origini di questo provvedimento legislativo dell'imperatore? Non è difficile scorgerle. Il lettore, che ricorda le sentenze vedute di Proculo e di Pomponio contro Labeone, che ammetteva « ex meo aquaeductu... cuilibet me posse vicino commodare », di Pomponio e di Paolo pur contro Labeone, che non voleva che il titolare della servitù coprisse il rivo, per non togliere al dominus soli la comodità di attinger acqua o di abbeverarvi il bestiame, la sentenza in discorso di Africano, che esclude anch'egli la possibilità della cessione dell'haustus sia al terzo che al dominus soli, e finalmente la sentenza di Ulpiano contro la locazione di servitù, deve ammettere che questa frequenza di dinieghi dimostra che la pratica si ribellava contro questa assoluta esigenza che il titolare della servitù non potesse mai in forza di essa chiamar altri a goderne, e che in particolare la pratica si ribellava a non lasciare che il dominus soli attingesse acqua dall'acquedotto e che la attingesse o ne la derivasse un terzo vicino.

Al dominus soli Labeone intendeva concedere ciò nei limiti dell'haustus e dell'adpulsus pecoris senza il permesso di nessuno, così in linea di equità, pel poco o nessun danno, che può derivare dall'esercizio di codesti diritti sia al proprietario dominante che al serviente. A questo e anche al terzo vicino la pratica tendeva a concedere l'uso dell'acqua, sempre che, è da ritenere, non ne rimanessero onerati i proprietari servienti superiori oltre al dovere, per semplice concessione del titolare.

Giustiniano dà una certa soddisfazione a queste pretese. Qualora, costituendo la servitù d'acquedotto, sia stato stabilito tra le parti contraenti che il titolare possa cedere l'haustus e l'adpulsus quando voglia al proprietario serviente o a un terzo vicino, il titolare potrà fare questa cessione. Come si vede, io interpreto il testo d'Africano-Giustiniano nel senso che il pactum vel stipulatio, che si aggiungono alla costituzione della servitù d'acquedotto, non abbiano necessariamente per contenuto un'immediata cessione del-

l'haustus ad uno dei proprietari servienti contraenti, ma possano aver per contenuto il permesso di una eventuale cessione dell'haustus sia ad uno di questi sia ad un terzo in qualunque momento di tempo. Bisogna ammetter questo non foss'altro perchè, intervenendo il patto e la stipulatio fra il proprietario serviente, che concede la servitù, e il dominante, non può sorgere da esso l'haustus pel terzo vicino, la possibilità della cui costituzione, dato che intervenga quel pactum e stipulatio, l'imperatore pure ammette. Questa innovazione l'imperatore la compì colle interpolazioni vedute della l. 33.§ 1.D. 8.3. e della l. 2. D. 43. 21., a cui si coordina l'interpolazione della l. 1. § 11. D. ibid. L'antitesi tra queste innovazioni giustinianee e i principii in materia propri del diritto classico è evidente. La giurisprudenza classica colle sue sentenze non faceva che svolgere il concetto primitivo della servitù, come ius praedii. Essa, aggiungendo alla inalienabilità del diritto quella dell'uso di esso, svolgeva la figura storica della servitù prediale, perfezionandola in base alla logica giuridica; essa operava, in altri termini, come si direbbe ora, col concetto di servitù prediale. Giustiniano invece si inspira anche qui al principio animatore di tante sue riforme, cioè alla voluntas contrahentium, e vuole che questa voluntas abbia il suo corso malgrado le regole vedute. Però questa volontà deve manifestarsi all'atto della costituzione della servitù. Perchè all'atto della costituzione e non poi? Perchè parve all'imperatore che in tal guisa si regolasse il modo di essere della servitù stessa, il suo contenuto; costituita una volta in una data maniera, egli ripugnava ad ammettere che il diritto in discorso potesse essere alterato. La servitù così era nata, così dovea continuare ad esistere. Non è un pensiero profondo, ma è evidentemente questo.

L'innovazione dell'imperatore pel modo infelicissimo, in cui è fatta, dà luogo a molte questioni. Io mi limito in proposito a porre in rilievo questi punti. Poichè il bisogno di correggere il diritto classico non si era fatto sentire che rispetto alle acque, dob-

biamo ritenere che la concessione dell'imperatore non riguarda appunto che la facoltà di chiamar altri al godimento dell'acqua dell'acquedotto. Ma si potrà cedere dal titolare soltanto l'haustus e l'adpulsus o anche l'acquedotto? Credo solo le due prime servitù, non solo perchè di queste sole l'imperatore parla, ma anche pel motivo, che la concessione dell'acquedotto, che avrebbe dovuto di necessità estendersi sino alla concessione di tutta l'acqua, a cui ha diritto il titolare, avrebbe importato addirittura l'alienazione completa della servitù, cioè un mutamento di soggetto della servitù stessa, un distacco di essa dal fondo, a cui compete, a favore di altri fondi. L'imperatore vuole che l'acquedotto resti del titolare e solo che sul suo rivo si possano esercitare quei due diritti, il cui esercizio non può che gravare in menoma misura sia i proprietarii servienti superiori, nel caso di cessione al proprietario serviente inferiore, sia tutti i proprietari servienti nel caso di cessione al terzo vicino, e nell'una e nell'altra ipotesi non può che gravare in menoma misura anche il proprietario dominante. Infine poi si è innanzi ad una eccezionale concessione, che non è lecito estendere oltre a quanto risulta dal testo della legge [1]. L'esercizio dei due diritti in discorso potrà farsi dal terzo vicino anche nei fondi servienti, per fatto che i proprietari servienti hanno ammesso essi stessi che il titolare possa cedere quei diritti. I quali hanno poi senza dubbio attivamente il carattere di diritti di servitù. La concessione resta infatti limitata al dominus *soli* e al terzo *vicino;* il che dimostra che l'imperatore intendeva che la concessione non si potesse fare che *pei fondi*, e ciò a sua volta importa adunque che l'haustus e l'adpulsus diventassero attivamente almeno iura praediorum. Pur troppo, giunti a questo punto, si resta impacciati nel determinare l'oggetto di questo diritto, si resta cioè impacciati ad avviare ulteriormente la costruzione dogmatica di questi diritti, la quale presenta altre difficoltà. Qui cade

[1] Così poi non si crea un'antinomia con l. 24. D. 8. 3.

però opportuna un'avvertenza ed è che, vista l'origine giustinianea della norma in discorso, e il suo carattere eccezionale, non si è più obbligati a farla entrare per forza entro la teoria delle servitù prediali propria del diritto classico e che del resto Giustiniano stesso ha nella massima parte accolta. Anzi, appunto perchè l'imperatore intende di introdurre certo una novità, dobbiamo dire che non risponde agli intendimenti del legislatore, nè alla sostanza della sua innovazione quella qualunque costruzione giuridica dei diritti d'haustus e d'adpulsus in discorso, secondo cui parrebbe che la loro costituzione fosse già possibile secondo i principii del diritto classico. Io ho già applicato questo pensiero, ammettendo che codesti diritti si devono intendere ceduti dal solo titolare in forza della servitù stessa d'acquedotto, che gli appartiene, allargata, a così dire, da questa facoltà d'alienazione concessagli nell'atto costitutivo. Venendo ora alla questione accennata sull'oggetto dei diritti in discorso, crederei che la determinazione più opportuna sia quella, che riassume e riproduce meglio l'ordinamento positivo, pratico del caso. E allora, visto che la sostanza della concessione Giustinianea sta nell'ammettere certi fondi al godimento dell'acqua dell'acquedotto altrui, che quindi l'esistenza di questi diritti e la possibilità del loro esercizio è legata all'esistenza e e all'esercizio della servitù stessa d'acquedotto, io crederei sempre preferibile formulare questo stato di cose dicendo, che codesti diritti colpiscono l'acquedotto, non la servitù, ma il corso artificiale d'acqua, che già i romani pensavano come una specie di proprietà del titolare (cf. « ex *meo* aquaeductu » di Labeone). I fondi servienti stessi, cioè il loro suolo, non possono essere essi stessi oggetto di questi diritti, che per gli adminicula servitutis, come per diritto d'actus o di iter spettante al terzo vicino, onde arrivi all'acquedotto. Evitiamo così la costruzione giuridica di un diritto su di un altro diritto, che, a mio avviso, ha sempre qualche cosa di barocco in sè, e in ogni caso di antiromano. Certo è però che è inutile riconoscere in queste servitù sull'acquedotto il solito tipo della servitù romana. Manca il

praedium serviens, e manca l'autonomia del diritto di servitù. Ma la figura anomala del diritto non fa che rispondere alla eccezionalità della norma in sè. Del resto non credo che sia necessario costruire tutta la teoria relativa alla concessione dell'imperatore, entrando in ulteriori particolari sul suo ordinamento pratico e dogmatico, tanto più che ci manca ogni precisa indicazione nel testo.

Una cosa sola è ancora da considerare e cioè il rapporto tra la concessione dell'imperatore e l'esigenza che le servitù di godimento d'acque colpiscano acque aventi perpetuam causam cioè perenni. Che questi haustus e adpulsus costituiti dal titolare della servitù possano colpire acque non perenni è evidente. Così resta violata anche questa norma propria del diritto classico. Ma io credo d'aver dimostrato [1] che già non solo alla norma era stato fatto qualche strappo da qualche imperatore precedente a Giustiniano, ma anche da Giustiniano stesso coll'interpolazione della l. 9. D. 8. 3., e precisamente coll'aggiunta delle parole: « hodie tamen ex quocumque loco constitui solet ». C'è adunque un indubbio nesso tra tutte queste interpolazioni, e consiste nella tendenza comune a tutte, che è insomma di agevolare in ogni modo il godimento delle acque a beneficio dei fondi, contro le disposizioni ristrettive in proposito del diritto classico. Mentre rispetto a tutte le altre servitù noi non scorgiamo neppure il principio di un movimento diretto contro codeste disposizioni, le quali sono accettate integralmente, è evidente sia nella legislazione imperiale anteriore a Giustiniano sia in particolare nella legislazione Giustinianea stessa la tendenza a fare alle servitù relative ad acque una posizione veramente privilegiata. Direi che Giustiniano in certa guisa ritorna a Labeone. Il favore di questo giurista per la costituzione di diritti di godimento ad acque è evidente. È lui che lascia costituire una servitù d'acquedotto pel momento inutile (l. 19. D. 8. 1.); lui che introduce la servitù « ut aquam quaerere et inventam ducere liceat » (l. 10. D. 8. 3.); lui che

[1] V. la mia *Perpetua causa nelle servitù prediali romane* § 6.

non vuole, che si copra il rivo aperto, lui che ammette il commodato nel senso veduto della servitù d'acquedotto. Parte di questi principii il diritto classico li ammise; una parte li respinse. Giustiniano cerca di trovar via in altro modo di soddisfare quegli interessi, cui volea soddisfare Labeone.

Qualche scrittore ricondusse alla regola « servitus servitutis » il principio classico che non si può avere nè haustus nè adpulsus se non ex capite. Io ho già detto altrove [1] che invece questo principio dipende dall'esigenza che simili servitù colpiscano acque perenni. Va da sè poi che dimostrata l'inesistenza di quella regola, cade sin l'ombra di una qualsiasi relazione di codesto principio con altra norma da questa della perpetua causa. Invece l'unica cosa che si può chiedere si è, se l'interpolazione giustinianea della l. 9. D. 8. 1: « hodie tamen ex quocumque loco constitui solet » non si riferisca di necessità ad una servitù d'acquedotto da esercitarsi sopra un punto qualsiasi di una conduttura d'acqua, che si conduce per una servitù d'acquedotto.

Così sarebbe ammesso quel diritto di acquedotto da un acquedotto, che invece io dissi non aver Giustiniano ammesso. Ma la risposta è negativa. L'interpolazione in discorso può contemplare soltanto la possibilità che alcuno, il quale avendo i fondi vicini al fiume ne deriva per sè l'acqua, o avendo un fonte privato nel suo fondo, ne deriva acqua, costituisca la servitù d'acquedotto o di haustus su di un punto qualunque di questo acquedotto, di cui egli non gode certo, nell'ipotesi fatta, per un diritto di servitù. Così l'interpolazione della l. 9 non sarebbe fatta per esprimere un risultato già implicito nell'interpolazione della l. 33; essa avrebbe altro scopo e rimarrebbe sempre esclusa per le ragioni suesposte la servitù di acquedotto da un acquedotto, di cui si gode per un diritto di servitù. Del resto io non do queste conclusioni che per probabili soltanto. Lo stato delle fonti non permette conclusioni sicure, nè pro nè contro.

[1] Nel mio lavoro cit. p. 78.

Non mi resta più a finire questo scritto, che tornare alla l. 1. D. 33. 2, di Paolo per vedere che senso ha la ragione da lui invocata a giustificare la massima « fructus servitutis esse non potest »; cioè che « id neque ex bonis neque extra bona sit ». L'*id* è evidentemente la servitù prediale astrattamente considerata, su cui si cerca se può esistere l'usufrutto. Dico « astrattamente considerata » appunto perchè, come dissi e, credo, provai, non è distinto il caso di usufrutto su servitù costituita dal caso di un legato di usufrutto di servitù da esercitare sul fondo del testatore. Siamo innanzi dunque ad un giudizio sul carattere della servitù prediale e precisamente ad un giudizio sulla sua relazione col patrimonio. Il giudizio però è abbastanza sibillino. In generale e così vagamente s'intende che Paolo non mette le servitù nella categoria dei « bona ». Ma se l' « ex bonis » si spiega facilmente, si spiega male l'« extra bona »; e in particolare si spiega male perchè egli senta il bisogno di dire che ciò non è « extra bona » quando dinanzi ai termini del senatusconsulto bastava la prima asserzione che ciò non è « ex bonis », asserzione la quale è piuttosto contraddetta che completata dalla seconda. Aggiungo che anche il dire « ex bonis » quando il senatusconsulto, secondo almeno che Paolo ne parla, avrebbe detto « in bonis » non par molto opportuno, considerato che la terminologia giuridica romana non faceva equivalenti le due frasi, ma dava a ciascuna un senso diverso, come appare da l. 2. § 22. D. 47, 8. Io non vorrei che fossimo innanzi ad un'altra corruzione del testo, che Paolo avesse scritto « quia id neque in bonis neque ex bonis sit »; ma questa naturalmente non è che una congettura destinata a restar tale. A ogni modo resta sempre che il motivo, pel quale « fructus servitutis esse non potest » sta nel fatto dell'aderenza del diritto di servitù al fondo dominante, sta in ciò che non può essere esercitato che a beneficio del fondo, a cui compete.

Vicenza, 11 agosto 1892.

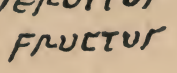
Silvio Perozzi.

Nota al precedente articolo del prof. S. Perozzi

Il chiaro collega S. Perozzi ha dimostrato in modo, a parer mio, molto persuasivo, che la regola tradizionale *servitus servitutis esse non potest* non ha buon fondamento, e che nel solo testo, ove essa oggi si trova, cioè nella l. 1. D. de usu et usufr. leg. 33, 2, vi si deve sostituire la regola *fructus servitutis esse non potest*, che si trova anche nella l. 33. § 1. D. de serv. praed. rust. 8, 3.

A complemento della sua dimostrazione sarà utile notare come la rassomiglianza grafica tra le parole *fructus* e *servitus* molto facilmente ha potuto indurre un copista in errore, tanto più che la parola *fructus* stava nel testo immediatamente prima di *servitutis*, sicchè l'occhio ha potuto trascorrere dal principio della parola precedente al principio della susseguente.

Nella scrittura romana lo scambio tra *fructus* e *servitus* era anche più facile che non sia nella scrittura moderna. Basterà a provarlo il trascrivere qui l'una sotto all'altra le due parole nei caratteri, p. es., del frammento *de formula Fabiana* secondo le tavole della bella pubblicazione dei professori Pfaff e Hofmann (Conf. *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* I p. 126 segg.).



Ma in qual tempo lo scambio può essere avvenuto? prima di Giustiniano nel libro di Paolo, o nel trascrivere il passo di Paolo quando le Pandette si compilavano, o dopo Giustiniano nel copiare le Pandette?

La cosa è incerta.

Contro l'ipotesi di un errore commesso dai copisti posteriori a Giustiniano starebbe la coincidenza del testo delle Pandette fiorentine colla versione greca conservataci nel Tipucito (HEIMBACH Basil. lib. 44 tit. 5 c. 1, vol. IV pag. 396): δουλείας γὰρ οὐκ ἔστι δουλεία. Tuttavia io ho già accennato altrove che tale coincidenza, per quanto possa essere di grandissima importanza, non ha tutta quella forza decisiva che l'opinione dominante le attribuisce (Confr. V. SCIALOJA, *La l. 14 § 3, D. de alim. vel cib. leg. 34, 1* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche* V [1888] pag. 41 segg.).

In ogni modo si può, fino a prova in contrario, ritenere più probabile che l'errore sia dovuto a copie del libro di Paolo prima di Giustiniano. Non oserei dire a copie del libro di Sabino, quantunqne mi sembri assai probabile, soprattutto per la maniera di designare le servitù prediali, che la prima parte della l. 1. D. de usu et usufr. leg. 33, 2 sia da attribuire addirittura a Sabino. Certamente però, se Paolo avesse trovato l'errore nella copia dei libri sabiniani da lui usata, l'avrebbe corretta.

Ma posto che nelle Pandette di Giustiniano già si leggesse *servitus servitutis esse non potest*,avrà tale regola in forza della sanzione imperiale (Const. *Tanta* § 19) un qualche valore almeno per diritto giustinianeo? L'avrebbe certamente, se contenesse un precetto pratico d'immediata applicazione; ma poichè essa non potrebbe mai avere altro che una importanza teorica [1], e la teoria sfugge alle sanzioni dei legislatori, io credo che anche pel diritto giustinianeo la regola *servitus servitutis esse non potest* non debba più preoccupare gl'interpreti; molto meno poi pei diritti moderni.

VITTORIO SCIALOJA.

[1] Mera importanza teorica io attribuiva ad essa parecchi anni or sono, in un mio articolo negli *Studi senesi* I (1884) pag. 109 segg. Fu appunto a proposito di quel mio articolo che il prof. LENEL, come io già ho ricordato nel *Bullettino* IV, p. 334, mi espresse privatamente l'opinione che la vera regola fosse soltanto *fructus servitutis esse non potest*.

Sul Ms. Vaticano Reg. lat. 852

Nel dicembre del 1892 ho potuto esaminare il Ms. Vatic. Reg. lat. 852, di cui avevo fatto cenno nel *Bullett.* IV, p. 273. Questo Ms., mutilo in principio ed in fine, consta ora di ff. 99 ed è certamente del secolo nono. Portava prima il n. 1168, che si legge anche sul dorso della legatura ed in origine il 116. Sulla provenienza non abbiamo notizie: solo nel 1° foglio sta scritto: 1656. *Volumen CXVI non Petavianum.*

I ff. 1-6 contengono parte delle *formulae Turonenses* (cfr. Zeumer, p. 132): segue l'indice dei titoli dell'*Epitome Aegidii* (f. 7. INC̄PT CAPITVLA THEVDOSIANI...), l'*auctoritas Alarici* (f.18. *In Xpi nomine. Inc̄pt. liber legum. Auctoritas Alarici regis...*) colla sottoscrizione di Aniano, ed in fine il testo dell'*Epitome* (f. 19 v. *Incipiunt tituli legum ex corpore Theodosiani breviter succincti. Theodosii* liber I...) fino a *Paul.* V, 11 Propter timorem inpendentis. Qualche glossa a margine è certamente del sec. IX. A f. 53 v. di mano alquanto posteriore si legge: « χpe celestis medicina patris — verus umane medicus salutis — pro fide plebis precibus potenter — pande favorem.

Dal punto di vista paleografico dà importanza a questo Ms. il fatto che una parte considerevole del testo è scritta in note tironiane assai nitidamente tracciate e frammiste alla scrittura ordinaria. L'uso di tali note, spesso usate per le glosse, pare si riscontri pure nel testo di un altro Ms. dell'*Epitome Aegidii*, il Parigino 4416 sec. IX (Haenel, n. 47).

Federico Patetta.

ERRATA CORRIGE.

Bull. IV, 276 lin. 5, leggi: *permaxime necessaria.*
Bull. IV, 280 lin. 25 *und nomen* leggi *unde nomem.*

MISCELLANEA EPIGRAFICA

L'iscrizione di Arykanda.

Di una iscrizione recentemente scoperta ad Arykanda, parla a lungo il Mommsen nelle *Archäologisch-epigraphische Mittheil.* (XVI, 1, p. 93 segg.). La tavola ritrovata contiene una supplica spedita dagli abitanti della provincia di Licia e Panfilia agl' imperatori e la fine del relativo rescritto imperiale. Un'altra tavola, perduta, conteneva il principio del rescritto, che, com'era solito, si anteponeva alla domanda. La supplica è in greco, il rescritto in latino.

Siamo ai tempi dell'imperatore Massimino, il quale, dopo la morte di Galerio, rompendo fede all'editto di tolleranza verso i cristiani già emanato, cominciò a perseguitarli; e per dare un' apparenza di legalità alla persecuzione, combinò le cose in modo che le provincie chiedessero a lui, in omaggio agli antichi dei e alla sicurezza dell'impero, di estirpare l'empia e pericolosa religione di Cristo. *Imprimis*, così parla il contemporaneo autore del *de mortibus persecutorum*, c. 36, *indulgentiam Christianis communi titulo datam tollit subornatis legationibus civitatum, quae peterent, ne intra civitates suas Christiani conventicula extruere liceret, ut quasi coactus et impulsus facere videretur quod erat sponte facturus.* Non altrimenti parla Eusebio *h. eccl.* 9, 4. 7. Ciò è confermato da quest'iscrizione. Anzi è appunto con l'aiuto di Eusebio e di altre iscrizioni simiglianti, che si è potuto ricostruire con sufficiente sicurezza il testo completo della nostra tavola, di cui manca totalmente

il lato sinistro, e nella parte superiore anche il destro. Eccola, secondo la ricostruzione data nel citato periodico in aggiunta all'articolo del Mommsen (pag. 108), alla quale rinviamo il lettore che desideri rendersi conto anche della forma della iscrizione. Le parole incluse in parentesi [ ] sono restituite per congettura:

[quamcumque munific]entiam vol[ueritis pro hoc vestro religioso proposito pet]ere. Iam nunc ho[c facere atque accipere constituite, scili]cet impetraturi ea[m sine mora. Quae data vobis in aeternum t]am nostram iuxta deos i[mmortales religiosam pietatem testabi]tur quam vero condigna pra[emia vitae rationis vos a nostra cl]ementia consecutos liberis ac p[osteris vestris declarabit].

[Τοῖς σωτῆρσιν τοῦ σύμ]παντος ἀνθρωπων ἔθνους καὶ γένους [θεοῖς Σεβαστοῖς Καί]σαρσιν Γαλερ. Οὐαλερ. Μαξιμείνῳ καὶ [Ῥλ. Οὐαλερ. Κωσταντείνῳ]καὶ Οὐαλερ. Λικιννιανῷ Λικιννίῳ. Παρὰ τοῦ [πιστοῦ Λυκίων καὶ Π]αμφύλων ἔθνους δέησις καὶ ἱκεσία. Ἔργοις ἀπο[δεδειγμένων ἀεὶ τ]ῶν θεῶν τῶν ὁμογενῶν ὁμῶν φιλανθρωπίας [πᾶσιν, ὦ ἐπιφανέσ]τατοι βασιλεῖς, οἷς ἡ θρησκεία μεμελέτηται [σπουδαίως ὑπὲρ τῆ]ς ὁμῶν τῶν πάντα νεικώντων δεσποτῶν [ἡμῶν αἰωνίου σω]τηρίας, καλῶς ἔχειν ἐδοκιμάσαμεν καταφυγεῖν [πρὸς τὴν ὁμῶν ἀθάν]ατον βασιλείαν καὶ δεηθῆναι τοὺς πάλαι [στασιάζοντας χρι]στιανοὺς καὶ εἰς δεῦρο τὴν αὐτὴν νόσον [διαφυλάττοντά]ς ποτε πεπαῦσθαι καὶ μηδεμιᾷ σκαιᾷ τινι καὶ[νουργίᾳ τὴν τιμὴν] τὴν τοῖς θεοῖς ὀφειλομένην παραβαίνειν. [ὃ δὴ ἄν μάλιστα εἰς] ἔργον ἀφίκοιτο, εἰ ὁμετέρῳ θείῳ καὶ αἰωνίῳ [νεύματι παντάπ]ασιν κατασταίη ἀπειρῆσθαι μὲν καὶ κεκωλῦσθαι [τὴν κακουργία]ν τῆς τῶν ἀθέων ἀπεχθοῦς ἐπιτηδεύσεως, [διατετάχθαι δὲ τ]ῇ τῶν ὁμογενῶν ὁμῶν θεῶν θρησκείᾳ σχολά[ζειν ἐμμενῶς ὑπὲρ] τῆς αἰωνίου καὶ ἀφθάρτου βασιλείας ὁμῶν, ὅπερ [πλεῖστον ὅσον συμ]φέρειν πᾶσιν τοῖς ὁμετέροις ἀνθρώποις πρόδηλόν ἐστιν.

Il fedele popolo di Licia e Panfilia si rivolge agli augusti imperatori Massimino, Costantino e Licinio, perchè, per rispetto agli dei sempre creduti e venerati con somma pietà da tutti gli imperatori, per impedire pericolose innovazioni, bandiscano dalla loro terra i cristiani, altre volte ribelli, e fermi nella loro demenza.

E gl'imperatori con grandi elogi a quegl'induriti pagani e con larghe promesse di straordinari favori, annuiscono, senz'indugio, a prova della loro riverenza verso gli dei.

L'iscrizione si deve riportare molto probabilmente, secondo il Mommsen, all'anno 312. Galerio morì nel 311, e una costituzione del giugno 313, riportata nel codice *de capit. civ. censibus exim.*, XI, 49 (confr. C. Th. c. 2, *de censu XIII*, 10) e diretta *ad Eusebium praesidem Lyciae et Pamphyliae* mostra che già Licia e Panfilia formavano una sola provincia, come risulta dalla nostra iscrizione.

La tavola non presenta altro di notevole. La storia mostra come i tempi cangiassero subito, e il cristianesimo divenisse la religione ufficiale dell'impero. Aprendo il codice giustinianeo, la prima costituzione che si presenta è quella pubblicata nel 380 da Graziano, Valentiniano e Teodosio. I pii imperatori vogliono che tutti i popoli da loro retti seguano la religione da Pietro insegnata ai Romani, e sottopongono gli eretici alle sanzioni divine ed umane!

Raffaello Ricci.

NOTIZIE

La riproduzione del ms. fiorentino delle Pandette, mediante foto-incisione in rame, impresa dal Ministero della istruzione pubblica di cui già demmo notizia (V. *Bullettino*, Vol. III, p. 13 segg.) si è cominciata. Il 22 aprile u. s. venne offerto il primo fascicolo di 27 fogli a S. M. il Re, e il 25 aprile ne venne offerto altro esemplare a S. M. l'Imperatore di Germania. Il 27mo foglio termina, come è noto, col principio della l. 1 D. de adopt. 1, 7.

Le negative delle Pandette sono eseguite nel laboratorio fotografico annesso alla biblioteca Laurenziana; la foto-incisione in rame acciajato e la stampa vengono eseguite a Roma dagli addetti alla sezione foto-tecnica aggiunta alla R. Calcografia.

Nelle copie offerte alle LL. MM. tutto ciò che nel manoscritto è in rosso fu pure riprodotto a mano in rosso. Il colore della foto-incisione è giallognolo e riproduce con grandissima verità il colore del vecchio inchiostro sulla pergamena.

Si calcola, che dovranno correre 7 anni prima di veder l'opera compiuta.

Il Ministero della pubblica istruzione ha affidato l'incarico di scrivere la prefazione al chiarissimo professore F. Buonamici, della R. Università di Pisa.

Noi auguriamo all'ardua e lodevolissima impresa un successo uguale al suo lieto principio.

L'Istituto di storia del Diritto romano presso l'Università di Catania ha bandito per gli studenti ed i laureati non oltre l'anno in giurisprudenza, un concorso, con le solite norme e il solito premio, sul tema: *Il Divorzio nella storia del Diritto romano.*

Rudolf von Jhering.

Il 17 settembre 1892 moriva in Gottinga il professore Rodolfo di Jhering, lasciando nella scienza e nell'insegnamento un vuoto irreparabile.

Nato ad Aurich il 22 agosto 1818, dall'avv. Giorgio Alberto Jhering, egli compì in patria gli studi secondari, e quindi dopo avere frequentate dal 1836 in poi le Università di Heidelberg, Monaco, Gottinga e Berlino, si addottorò in quest'ultima nel 1842. Il 26 aprile 1843 egli conseguì nella stessa Università la docenza, e quindi come professore ufficiale tenne la cattedra di diritto romano nelle Università di Basilea (1845), di Rostock (1846), di Kiel (1849), di Giessen (1852), di Vienna (1868) e finalmente di Gottinga (1872), donde più non si mosse, rifiutando gli inviti e le offerte fattegli da altre Università.

Le sue opere sono i maggiori avvenimenti della sua vita operosa, e il maggior suo monumento. Esse sono tra gli scritti più noti di diritto romano anche fuori di Germania, ed anche fuori della cerchia dei giuristi. Questa grande diffusione è dovuta a due virtù principali, l'artistica bellezza dello stile sempre vivo, animato, focoso, chiaro e incisivo, da lui studiato con somma cura, perfettamente conforme alla energia della mente e al pugnace ardimento dell'animo, e l'indirizzo largo e filosofico delle sue indagini e dei suoi pensieri.

Il suo primo lavoro fu la tesi di laurea in latino *Dissertatio de hereditate possidente* (Berol. 1842).

Due anni dopo apparirono le *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (Leipzig, 1844), le quali conservano ancora oggi nn valore nelle questioni che trattano. — Nel 1847 fu edito a Lipsia

il primo fascicolo della raccolta di casi pratici, che per tutta la vita lo Jhering curò ed accrebbe in molteplici edizioni (6ª edizione Jena 1892) e che fu parte fondamentale dell'insegnamento a lui più gradito. — Nel 1847 ugualmente fu pubblicata una sua lunga recensione sul libro del SELL *über bedingte Traditionen* nei *Kritische Jahrbücher* di Richter e Schneider XXII, nella quale egli espose le proprie idee sopra tale materia. — Nel 1851 lo Jhering curò la 5ª edizione della *juristische Encyklopädie* del FALK. — Nel 1852 venne alla luce in Lipsia il primo volume dell'opera, che portò lo Jhering ad uno dei più alti posti tra i moderni romanisti, e che costituisce ancora il suo più durevole titolo di gloria: ognuno intende ch'io parlo del *Geist des römischen Rechts*. La prima edizione procedette fino al 1865; ma l'opera si arrestò al primo tomo della terza parte, poichè l'autore fu, dallo svolgimento stesso delle sue idee, trascinato ad altri studi e ad altre opere. L'ultima edizione del *Geist* è la 4ª, 1878-83; della 5ª fu pubblicato il solo 1° volume nel 1891. Un estratto di un capitolo del *Geist* è l'opuscolo intitolato: *Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt*. Leipzig, 1865.

Neppure nel tempo, in cui compose il *Geist* cessò il nostro autore dal pubblicare altri lavori minori. Nel 1857, infatti, egli fondò insieme col GERBER il periodico *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Jena, Mauke, poi Dufft. poi Fischer), che continuò fino alla sua morte a dirigere, mutando più volte i condirettori. Gli articoli dello Ihering, che hanno spesso grandi proporzioni, sono certo tra i più preziosi di questo periodico e taluno può annoverarsi anche tra i migliori lavori dell'autore. Tutti furono poi raccolti dall'editore Fischer in tre volumi col titolo: *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts*. Jena 1881-86.

Uno di questi articoli: *Beiträge zur Lehre vom Besitz I. Der*

Grund des Besitzesschutzes (1868) fu pubblicato anche come volume a parte ed ebbe due edizioni (la seconda è del 1869).

Un parere nella celebre causa tra Basilea campagna e Basilea città a proposito della proprietà del luogo resultante dalla demolizione delle fortificazioni di Basilea fu pubblicato dallo Jhering nel 1862: *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel*, e fu susseguito nello stesso anno da una replica *Erwiderung* contro il parere avverso pubblicato dal Dernburg.

Nel 1867, celebrandosi il cinquantesimo anniversario dell'insegnamento del penalista prof. Birnbaum, lo Jhering per mandato della Facoltà di Giessen stampò l'opuscolo: *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, e nell'anno medesimo pubblicò nell'*Archiv für praktische Rechtswissenschaft.* N. F. IV (del quale era divenuto condirettore dal 1866, vol. III della nuova serie, e tale rimase fino al 1877, vol. XI) due sentenze da lui redatte per la facoltà di Giessen nella lite per le azioni della Società della ferrovia Lucca-Pistoia:

I. *Der Lucca-Pistoja Eisenbahnstreit. Ein Beitrag zu mehreren Fragen des Obligationenrechts, insbesondere der Theorie des* dolus *und der Lehre von der Stellvertretung* — II. *Der Lucca-Pistoja-Actienstreit. Zweiter Beitrag, betreffend die Frage vom Abschluss der Verträge für, aber nicht auf Namen des Mandanten.*

Nel 1870 usciva la prima edizione del libretto col titolo: *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens*, che giunse poi rapidamente alla settima edizione (Jena, 1889).

Lo seguiva dappresso (Vienna 1872) il *Kampf ums Recht*, che pervenne nel 1891 alla decima edizione.

Nel 1877 lo Jhering stampò, ma per allora non pubblicò, un parere circa alcune questioni di servitù e d'interpretazione di contratto: *Rechtsgutachten in Sachen der Stadt Bern gegen di Schweizerische Centralbahn zu Basel betreffend Schiessplatz Wylerfeld*, al

quale fece seguire una risposta ad un contrario parere del Bluntschli: *Bemerkungen zum Rechtsgutachten des Geheimrath Prof. Doct. Bluntschli in Sachen der Stadt Bern gegen die Centralbahn betreffend Schiessplatz Wylerfeld.* (1878).

Anche nel 1877 lo Jhering pubblicò in Lipsia il primo volume dell'altra sua maggiore opera *der Zweck im Recht*, della quale il secondo volume venne alla luce nel 1883. Come il *Geist*, così lo *Zweck* è rimasto interrotto: i due volumi furono editi di nuovo con qualche ritocco nel 1884-86. Una terza edizione postuma è ora incominciata (vol. I. 1893). L'opuscolo *das Trinkgeld* (Braunschweig 1882) è una derivazione dello *Zweck*.

Nel 1879 il nostro autore raccolse in un volume col titolo: *Vermischte Schriften juristischen Inhalts* (Leipzig) parecchi degli opuscoli e pareri sopra menzionati, cioè la dissertazione del 1842, la recensione del Sell, il *Schuldmoment* (con una nuova aggiunta), il parere per Basilea (omessa la replica al Dernburg), le sentenze per la causa Lucca-Pistoia, i due pareri per Berna.

Così con questa raccolta e coi tre volumi già ricordati contenenti gli articoli dei *Jahrbücher* si venne a formare una quasi completa collezione degli opuscoli Jheringiani. Ne rimasero fuori, oltre ai maggiori lavori da me ricordati, alcune recensioni ed articoli da lui non creduti degni di essere riprodotti (vedi *Verm. Schriften*, prefazione p. IV seg.).

Ed ecco nel 1884 apparire a Lipsia il volume *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (4ª ediz. accresciuta 1891), nel quale lo Jhering, tra molte cose nuove, inserì anche molti articoli da lui già pubblicati nella *Preussische* [poi *Deutsche*] *Gerichtszeitung* (Berlin 1860-66) sotto il titolo *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz* (anonimo) e nei *Juristische Blätter* di Vienna (XI, 1880) sotto il titolo *Plaudereien eines Romanisten.*

Nel 1889, quasi inaspettato venne alla luce il nuovo libro sul possesso, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode.*

Finalmente nel 1891 l'articolo *der Besitz* nello *Handwörterbuch der Staatswissenschaften.* Questo articolo è ora ristampato nel volume XXXII pag. 41 seg. dei *Jahrbücher*, che sotto il titolo di *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* sono continuati dai professori di Gottinga F. Regelsberger e V. Ehrenberg in unione ad Unger, Gierke e Strohal.

Non sappiamo se tra i manostritti dello Jhering si trovi alcuna parte della storia del diritto romano, ch'egli aveva promessa per la collezione di manuali giuridici diretta dal Binding, e alla quale pare ch'egli facesse allusione in una nota all'articolo *Rechtsschutz gegen injuriösen Rechtsverletzungen* nei *Jahrbücher* XXIII p. 204 nota 2.

Parecchie delle opere dello Jhering furono tradotte in molte lingue. Noi accenneremo qui soltanto alle traduzioni francesi del de Meulenaere, le quali hanno tanto contribuito alla diffusione dei prodotti dell'ingegno del grande romanista tedesco. *Esprit du droit romain* (trad. del *Geist*) voll. 4 Paris, 1877-78, 3ª ediz. 1886-1888, e sotto il titolo generale: *Études complémentaires de l'esprit du droit romain* una serie di volumi: I. *De la faute en droit privé*, 1880 (trad. dello *Schuldmoment*) — II. *Fondement des interdits possessoires. Critique de la théorie de Savigny.* 1882, (trad. della 2. edizione del *Grund des Besitzschutzes)* — III. *Actio injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain*, 1888 (trad. dell'articolo dei *Jahrbücher* XXIII: *Rechtsschutz gegen injuriösen Rechtsverletzungen* testè citato) — IV. *Du rôle de la volonté dans la possession* 1891 (trad. del *Besitzwille).* — Alcune furono anche tradotte in italiano. Il primo volume dello *Spirito del diritto romano* dal Bellavite (Milano 1855); *La Giureprudenza della vita quotidiana* da V. Perugia (Bologna 1871); *Sul fondamento della protezione del possesso* dal Forlani (Milano 1872); l'articolo inserito nei *Jahrbücher* III, IV: *Sulla teoria del rischio e pericolo nel contratto*

di compravendita da F. Serafini (Pavia 1862); *La lotta pel diritto* dal Mariano (Milano-Napoli 1875); *Della natura e della capacità giuridica dei così detti Comitati; Sull'elemento del valore pecuniario e dell'interesse proprio nelle obbligazioni*, sunto fatto dall'autore di questa necrologia di due parti dell'articolo inserito nei *Jahrbücher* XXVIII col titolo *Rechtsgutachten* ecc. (nell'*Archivio giuridico* XXV p. 473-492).

Bernhard Windscheid.

Un'altra gravissima perdita faceva la scienza del diritto romano con la morte di Bernardo Windscheid il 25 ottobre 1892. Il Windscheid era nato il 26 giugno 1817 a Düsseldorf; il padre Ferdinando Windscheid era conservatore delle ipoteche. Compiuti gli studi secondarii in Recklinghausen e Düsseldorf, dal 1834 frequentò le Università di Bonn, di Berlino e poi di nuovo di Bonn, dove si addottorò il 22 dicembre 1838. — Nel 1840 ottenne la libera docenza in Bonn ed ivi pure nel 1847 fu nominato professore straordinario di diritto romano e francese. Ma nell'anno medesimo andò a Basilea come professore ordinario, donde poi passò successivamente nelle Università di Greifswald (1852), Monaco (1857), Heidelberg (1871), e Lipsia (1874), dove rimase fino al termine della sua vita, interrompendo l'insegnamento solo dal 1880 al 1883 per prender parte in Berlino ai lavori della Commissione incaricata di redigere il progetto del Codice civile per l'impero germanico.

Un tratto singolare fu il mutamento di religione negli ultimi tempi della sua vita: egli si fece protestante, mosso dallo spettacolo di esagerate e false cerimonie del culto cattolico. Ciò può far maraviglia a noi italiani; ma ben si comprende dato il carattere profondamente tedesco del Windscheid.

Non saprei garantire la completezza del catalogo delle sue opere, non avendo egli raccolti mai i suoi scritti minori; ma credo di non ometterne alcuna importante nel seguente elenco, al quale dovrebbero aggiungersi solo alcuni articoli scritti in forma popolare in periodici non giuridici, p. es. *Nord und Süd*, vol. IV.

De valida mulierum intercessione. Dissertatio inauguralis. Bonnae, 1838.

Ueber den Besitz an Theilen einer zusammengesetzten Sache (*Jahrb. f. hist. und dogm. Bearbeitung des röm. Rechts* dei Sell, vol. I. Braunschweig, 1841).

Zur Lehre des Code Napoléon *von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.* Düsseldorf, 1847.

Ueber l. 9, § 3, D. qui potiores (*Zeitschrift für Civilrecht und Civilprocess* del Linde. N. F. III. Giessen, 1847).

Ueber das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten (ibid. N. F. IV. Giessen, 1847).

Ueber das Prinzip des S. C. Vellejanum (*Archiv fur civ. Praxis* XXXII. Heidelberg, 1849).

Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf, 1850.

Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel, 1851.

Ueber Wirkung der erfüllten Potestativbedingung (*Archiv f. civ. Praxis* XXXV. Heidelberg, 1852).

Die Singularsuccession in Obligationen (*Kritische Ueberschau* I. München, 1853).

Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit (ibid. I. München, 1853).

Recht und Rechtswissenschaft. Eine Festrede. (Greifswald, 1854).

Recensione di Mommsen *Beiträge zum Obligationenrecht* (nella *Kritische Zeitschrift* II, III. Heidelberg, 1855-56).

Recensione di Nussbaumer von Küssnacht *ueber das Mass des Schadenersatzes* (ibid. III. Heidelberg, 1856).

Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Düsseldorf, 1856.

Die Actio. Abwehr gegen Theod. Muther. Düsseldorf, 1857.

Recensione di FITTING *über den Begriff der Rückziehung* (*Kritische Zeitschrift* IV. Heidelberg, 1857).

Grundriss zu Pandectenvorlesungen. München, 1858; 2ª edizione, ibid. 1862.

Zur Lehre von der Correalobligation (*Kritische Ueberschau* VI. München, 1859).

Recensioni di SCHLESINGER *Zur Lehre von den Formalcontracten und der querela non numeratae pecuniae*; WITTE *Die Bereicherungsklagen*; GROSKOPFF *Zur Lehre vom Retentionsrechte*; GERBER *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*; MOMMSEN *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*; PEGERT *Erklärung der l. 12 Cod. de usufructu*; BRUNNOW *Querela non numeratae pecuniae*; GIRTANNER *Ueber die Bedeutung der sponsio*; BUELOW *de praeiudicialibus formulis*; LEIST *civilistische Studien.* 3 Heft.; GIRTANNER *die Stipulation*; UNGER *System des österr. allg. Privatrechts* (*Kritische Vierteljahresschrift* I. München, 1859).

Recensioni di KNIEP *Einfluss der bedingten Novation*; MUELLER *Proeve eener geschiedenis der historische school* (ibid. II. München, 1860).

Recensioni di ENDEMANN *das Prinzip der Rechtskraft*; SAMHABER *Zur Lehre von der Correalobligation* (ibid. III. München, 1861).

Lehrbuch des Pandektenrechts, vol. I, Düsseldorf, 1862 — Il vol. II fu pubblicato negli anni 1865-66; il vol. III nel 1870 — La seconda edizione del *Lehrbuch* è degli anni 1867, 1869, 1871 — La terza degli anni 1870, 1871; ristampata poi negli anni 1872, 1873 — La quarta degli anni 1875-1878 — La quinta del 1879 — La sesta del 1887 — La settima ed ultima: Frankfurt, 1891. —

Una traduzione italiana, con pregevoli aggiunte, si viene pubblicando dai signori professori Rensa e Fadda col titolo *Diritto delle Pandette*, Unione tipo-editrice, 1887 segg.

Recensione di Serafini *Il telegrafo* (*Krit. Vierteljahresschrift* V. München, 1863).

Recensioni di Gregory *Specimen iur. civ. de ratihabitione*; Kramer *de leer van den psychischen dwang*; Salpius *Novation* (ibid. VI. München, 1864).

Rede an den Studirenden. München, 1867.

Recensioni di Regelsberger *Civilrechtliche Erläuterungen*; *Archivio giuridico* (*Krit. Vierteljahresschrift* X. München, 1868).

Zur Erinnerung an Berthold Delbrück (ibid.).

Recensioni di Polignani *La dottrina della ratihabitio*; Padelletti *die Lehre von der Erbeinsetzung ex certa re* (ibid. XII. München, 1870).

Recensione di Fitting *das castrense peculium* (ibid. XIII, München, 1871).

Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Leipzig, 1878.

Wille und Willenserklärung. Leipzig, 1878 (ripubblicato poi nell'*Archiv f. civ. Praxis* LXIII, 1880). — Un sunto in italiano fu da me fatto nell'*Archivio giuridico* 1880, vol. XXV, p. 457-473.

G. von Waechter. Leipzig, 1880.

Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. Leipzig, 1884.

Die Voraussetzung (*Archiv. f. civ. Praxis* LXXVIII. Freiburg, 1892).

Die indirekte Vermögensleistung. Leipziger Festgabe für O. Müller. Leipzig, 1892.

Ho omesso appositamente in questo elenco alcune recensioni di libri di diritto penale firmate W. e attribuite al Windscheid negli indici della *Kritische Vierteljahresschrift*, perchè credo che

tale attribuzione sia erronea; il Windscheid firmava o col cognome per disteso o B. W. Nè vale a distogliermi dalla mia opinione il fatto che il Windscheid fu condirettore della rivista stessa dal vol. X al XIII, perchè egli certamente non compilava gli indici.

L'alto posto, che lo Jhering ed il Windscheid tenevano nella scienza del diritto romano, l'esser essi quasi coetanei e morti a così breve distanza l'uno dall'altro, inducono noi, come già molti altri, a paragonarli e a farne un parallelo.

Lo Jhering fu robusto di corpo e di mente; artista della parola, oratore eloquente, scrittore eccellente, chiarissimo, incisivo, brioso, pieno di colorito, talora anzi sovrabbondante. Egli s'innamorava dei soggetti, che prendeva a trattare, si compiaceva delle difficoltà da vincere, si lasciava trasportare da un'idea all'altra, così da lasciare interrotti i suoi lavori, quando la sua attenzione era attratta dalla soluzione di altri problemi. Vedeva facilmente il lato pratico delle teorie giuridiche, ed amava ritrovare la teoria nei casi pratici; rapidamente risaliva poi alle idee più generali e filosofiche. La storia diventa per lui piena di vita, le ombre del passato riprendono corpo, anzi accade che talora prenda corpo anche qualche mero prodotto della fantasia. Fu infatti la fantasia una delle doti artistiche e scientifiche più eminenti dell'ingegno dello Jhering, ma ai grandi pregi di essa andarono in lui naturalmente uniti qualche volta i difetti. Discepolo dei più eccellenti rappresentanti della scuola storica, lo Jhering fu da principio ammiratore e partigiano del Puchta; ma tutta la sua opera scientifica fu poi diretta a trovare nuovi indirizzi; ad oltrepassare i limiti del diritto romano positivo pur fondandosi su di esso; a ricostruire la storia del diritto romano ricercandone le più intime e nascoste

cause e correnti, anche indipendentemente dalle dirette testimonianze delle fonti; a combattere finalmente le teoriche astratte dei moderni giuristi tedeschi, le costruzioni di concetti, il metodo meramente logico applicato al diritto, opponendovi la ricerca delle cause reali, degli scopi pratici, che sono la vera fonte delle regole giuridiche. Egli voleva acquistarsi gloria pari a quella del Savigny.

Alle sue grandi qualità di giurista teorico e pratico mancò tuttavia forse qualche cosa. La temperanza, per esempio, ed il perfetto equilibrio, somma qualità dei giureconsulti romani e di parecchi dei grandi nostri giuristi medioevali. Così delle questioni pratiche, come delle teoriche, il perfetto giurista deve vedere e criticare tutti i diversi lati senza esagerazione. Lo Jhering invece peccò forse talvolta di esagerazione e di unilateralità; tutto intento a rilevare alcuni aspetti dei metodi, degli istituti, delle questioni storiche, dogmatiche e pratiche, egli ne trascurò gli altri, sicchè quantunque tutte le sue opere costituiscano un forte contributo alla verità, non sempre contengono tutta la verità. Così, per esempio, dopo avere nel *Geist* descritta stupendamente la tecnica giuridica, nelle sue opere posteriori per mettere in evidenza l'elemento dello scopo pratico, egli prende a combattere la costruzione teorica dei concetti, nello *Zweck*, nello *Scherz und Ernst*, nel *Beitzwille*, giungendo fino alla derisione dei fabbricatori di concetti e di Paolo metamorfizzato in Puchta dell'antichità. Ora in ciò noi possiamo volentieri riconoscere che il diritto si forma per cause pratiche, che queste cause si debbono riguardare anche dall'interprete per la cognizione ed applicazione del diritto, e che erra chi si edifica concetti astratti credendoli per sè stanti, immutabili e inviolabili; ma d'altra parte non dobbiamo dimenticare che nella stessa costituzione del diritto l'armonia necessaria di esso si traduce in esigenza logica, e che soprattutto poi nella interpretazione del diritto costituito e nella pratica applicazione di esso non è possibile fare

astrazione dalle operazioni meramente logiche e specialmente per l'analogia di ordine più elevato non si può non ricorrere alla definizione esatta dei concetti, costituiti per induzione a fine di giovarsene per la necessaria deduzione. — Così, per passare ad altri esempi, mentre nessuno vorrà negare l'alto valore della teorica generale del diritto subbiettivo, come interesse protetto dal diritto, si dovrà pure ammettere che essa deve in concreto coordinarsi alla teorica della volontà, cosa trascurata dallo Jhering, quantunque poi il suo senso pratico gli abbia rivelato in alcune applicazioni tutto un notevole aspetto di tale connessione e coordinazione. — Così pure nessuno vorrà negare l'importanza della causa del possesso per determinarne la natura, importanza ben rilevata dallo Jhering nel *Besitzwille*, quantunque non forse con tutta quella novità, ch' egli credeva; ma è un'esagerazione il pretendere che il diritto romano più avanzato non sia passato dalla teoria della *causa* a quella dell'*animus*, accentuando il lato subiettivo di quella; essendo ciò richiesto non solo da un più generale indirizzo delle dottrine giuridiche, ma da esigenze pratiche del più raffinato diritto, poichè in molti casi la causa obiettiva essendo inesistente o imperfetta, o non si trova o mal si riconosce, e il possesso allora ha bisogno di fondarsi sopra l'elemento subiettivo; sicchè in tutto questo Paolo è assai più innocente di quel che lo raffiguri lo Jhering, anche astrazion fatta dal non esser egli nè il solo, nè il primo imputabile. (Vedi Celso, per esempio, l. 68, *de furt.* 47,2; e, se genuino, Afric. l. 41, *de R. C.* 12,1). Anche qui a me pare che il nostro autore abbia confusi due diversi momenti del diritto; quello della sua costituzione e quello della sua applicazione.

Ma i libri, a parere mio, meno perfetti dello Jhering sono quelli di natura filosofica. L'opuscolo sulla lotta nel diritto, brillantissimo nella forma, alla quale deve la massima parte del suo successo, è dedicato a dimostrare essere il diritto frutto della lotta, ed essere dovere di ognuno di far valere il proprio diritto: ma

pecca di soverchia limitazione al diritto rispetto al primo punto non molto nuovo, e di grande esagerazione rispetto al secondo, nel quale si dimentica che il diritto non deve essere fine a sè stesso, ed è anzi spesso in concreto un male necessario. Lo *Zweck im Recht* contiene lo sviluppo di un'idea di alto valore. Ciò che crea il diritto è lo scopo; dagli scopi individuali si producono gli scopi sociali e ciò non vale solo pel diritto, ma anche per le altre regole e consuetudini, che governano la società. Ma i due volumi, che contengono la dimostrazione di queste tesi filosofiche, non sono forse preparati con la necessaria ampiezza di studi. Lo Jhering sembra ignorare la maggior parte dei mirabili lavori inglesi, consacrati alla dimostrazione di tesi simili; e se il suo libro supera quei lavori per quanto si riferisce alla cognizione tecnica del diritto, è ad essi inferiore per la larghezza della base delle osservazioni comparate di sociologia e per la vastità delle ricerche e l'ampiezza dello spirito filosofico. È poi questo *Zweck* il solo libro dello Jhering, che contenga delle parti anche artisticamente di minor valore e qualche volta addirittura prolissamente noiose. — Per me il capolavoro dello Jhering resta sempre il *Geist*, che è il libro più attraente di tutta la letteratura giuridica moderna; accanto ad esso collocherei piuttosto che altre delle opere maggiori, alcuni degli splendidi articoli dei *Jahrbücher*. — A coloro poi che desiderassero conoscere lo Jhering per ritratti indirettamente fatti da lui medesimo, io consiglierei di leggere l'articolo *Unsere Anfgabe*, che inizia la pubblicazione dei *Jahrbücher* e alcune delle sue commemorazioni di altri giusisti, come quella del *Savigny* e quella del *Wunderlich*.

Molto diverso il Windscheid. Al fuoco, all'ardimento, alla artistica bellezza dello Jhering, in lui si contrappongono la serenità, la diligenza assidua, lo studio della completezza, la critica attenta delle opere altrui, l'esposizione sempre chiara e precisa. Egli aveva per la sua materia un vero culto, e lo dimostrava agli studenti col

suo nobile insegnamento, al pubblico più largo con le sue opere, sempre accurate, sempre intente alla ricerca del vero: sicchè la grande impressione che il robusto e ardente Jhering produceva con la vivacità, l'entusiasmo, la plasticità e la praticità, era dal Windscheid prodotta col sentimento della santità della scienza, con l'austera diligenza, con la pienezza e la proporzionata armonia del dettato. Può sembrare strano che, essendo il Windscheid spirito molto meno pratico dello Jhering, il complesso delle opere di lui sia stato destinato a materie molto più attinenti alla pratica e che abbia avuto sulla pratica tedesca un'efficacia molto maggiore di quella dello Jhering, e probabilmente sia destinato ad averla in futuro. Ma il Windscheid, la cui mente era dotata di minore slancio e originalità, potè forse appunto perciò applicarsi per tutta la vita ad un solo genere di lavoro, mentre lo Jhering si lasciava trascinare dalla storia alla pratica, dalla pratica alla filosofia. È necessario poi considerare che il pratico ha soprattutto bisogno di un'opera completa, che risponda direttamente o indirettamente a tutti i quesiti, che rappresenti l'ultimo sviluppo della scienza, ma senza originalità arrischiate, anzi con la critica di tutti i nuovi concetti giuridici. Or tutto ciò si riscontra appunto nel trattato del Windscheid, completo, pieno di notizie, sempre al corrente, ricco di critica. Mentre lo Jhering presenta come nuove tutte le sue idee, anche quando talvolta nuove non sono, il Windscheid invece presenta anche le idee nuove o proprie o altrui come già elaborate e vagliate a traverso la più matura riflessione, e ciò piace al pratico, che è sempre naturalmente e salutarmente conservatore nelle teorie giuridiche. E per le ragioni, che ho più sopra accennate a proposito dei lavori dello Jhering sul metodo e sul possesso, è da notare, che al pratico giova anche quell'attento studio del Windscheid posto nella sistematizzazione e nella esatta determinazione dei concetti giuridici, quantunque per questa parte vi sia certamente nel Windscheid dell'esagerazione. Un ultimo punto richiama

la nostra attenzione. Se può far meraviglia, che abbia avuto così larga accoglienza nella pratica tedesca un libro, come il trattato del Windscheid, il quale in più luoghi, esagerando l'attuale applicabilità del diritto romano, sembra poco convenire ai rapporti della vita odierna, conviene osservare che da una parte è assai facile in pratica non tener conto del diritto poco praticabile, e dall'altra parte che il Windscheid costantemente pone in rilievo l'elemento soggettivo della volontà e dell'intenzione individuale, nel quale il pratico trova sempre il rimedio a tutte le teorie che alla pratica poco si confanno. È questa una delle ragioni per le quali il diritto romano giustinianeo ha potuto così facilmente adattarsi a tante genti e a tanti tempi diversi, ed è questa anche una delle ragioni, per le quali il Windscheid può al pratico giovare più dello Jhering.

Fra le opere del Windscheid il *Lehrbuch des Pandektenrechts* non solo occupa il primo posto, ma assorbe, si può dire, tutte le altre; è del *Lehrbuch* infatti, ch'io ho veramente sin qui parlato. La grande influenza del *Lehrbuch* sarà in Germania perpetuata nel Codice civile, il progetto del quale è spesse volte modellato su quel trattato.

Le opere minori si possono considerare come preparazioni o sviluppi del *Lehrbuch;* alcune delle principali, come quella sulla *Voraussetzung* e l'altra sull'*Actio*, hanno veramente un valore più che altro sistematico. Esse non mi paiono sempre riuscite, nè destinate ad avere, almeno presso di noi, tutta quella importanza, che loro si è attribuita in passato in Germania.

Io sono disposto ad ammirare assai più le belle critiche pubblicate dal Windscheid, e soprattutto quelle della *Kritische Zeitschrift* di Heidelberg e della *Kritische Ueberschau;* in esse a me sembra che si rivelino le qualità, che rendon veramente prezioso il *Lehrbuch*.

Prima di chiudere questi brevi cenni sopra i due grandi scrit-

tori di diritto romano, dei quali deploriamo la perdita, è bene notare come l'uno e l'altro molto affetto portassero all'Italia nostra; questo affetto fu più volte espresso dallo Jhering venendo anche tra noi; il Windscheid lo manifestò tenendo conto, veramente non in modo sempre completo ed esatto, ma tuttavia con certo studio, anche dei lavori che in questi ultimi tempi si sono pubblicati in Italia. Noi dimostrammo la nostra riconoscenza onorandone le persone e traducendone alcune opere in italiano.

VITTORIO SCIALOJA.

RECENSIONI

C. Ferrini, *Il Digesto.* (Manuali Hoepli, 1893).

Nella serie dei manuali, recentemente apparsi, merita una speciale attenzione questo del F. Lo scopo lodevole che il F. ha di mira, di ravvicinare cioè i nostri pratici alle prime fonti della scienza giuridica, ne designa già il carattere. Nei primi tre capitoli (I. La giurisprudenza romana — II. Formazione del digesto — III. Interpretazione del digesto) che formano il corpo del libro, l'A. restringe, in una bella sintesi, tutto quel materiale indispensabile per la prima conoscenza e l'uso del digesto. In una forma accessibile a tutti, vi si trovano riassunti i risultati degli studi, in buona parte, recenti, non che delle ricerche dall'A. stesso felicemente intraprese e altrove comunicate.

Mercè la profonda conoscenza delle fonti, il F. utilizza la letteratura riferentesi alle diverse questioni, vagliandola con senso finemente critico, rendendosene, ove occorre, indipendente. L'esposizione chiara, sintetica; la frase sempre precisa, come in tutti gli altri scritti dell'A., così anche in questo, rendono vie più gradita la lettura del manuale. Io non dubito che esso troverà nel pubblico dei giuristi lieta accoglienza; e questa convinzione mi ha indotto a sottoporre al giudizio del F. alcune osservazioni, su singoli punti. La materia dei primi due capitoli era già stata trattata dall'A. nella sua *Storia delle fonti* (1885). Allora il F. si ebbe il plauso di dotti romanisti. Ritornandovi ora mostra di avere avuto agio, con tutto quello amore che egli ha per le nostre fonti, di approfondire questi studi. In poche linee sa dare il F., con precisione, le caratteristiche delle figure principali fra i giuristi. Tratteggia i diversi periodi della giurisprudenza. Accenna alle questioni più dibattute e sempre con profondità e giudizio maturo. Appena si può rilevare in questa parte qualche menda.

Fra queste io noterei: *a*) l'accenno ai *lievi indizii* dai quali la creazione del sistema gaiano delle istituzioni sarebbe a riferire agli ultimi tempi della repubblica e precisamente a Servio Sulpicio; *b*) la « *mancanza di riflessione* » rilevata come caratteristica delle opere principali di Ulpiano [1]; *c*) la tendenza assai benigna che il F. mostra verso i compilatori, nei quali trova ogni capacità e solo una malaugurata fretta, causa la impazienza vanitosa del principe. Si potrebbe anche trovare che gli inizii della giurisprudenza romana sono caratterizzati da un lato *esteriore*. Il citato di Cicerone (De Orat. 2, c. 33), che il F. lascia qui dominare, ha appunto questo difetto.

Il F. infatti deve riconoscere che, su qualcuno di questi punti rilevati, non è nemmeno possibile una discussione. Così, da quel poco a noi pervenuto di Servio, nulla si può ricavare che abbia rapporto col sistema gaiano; (cfr. già Sanio — *Zur Geschichte der röm. R. W.* p. 69, n. 118 e p. 82 seg. — contro Hugo). Sul merito e la capacità de' compilatori, poi, penso che qualunque giudizio è, oggi più che mai, prematuro.

In ogni caso, per ragioni che sono state tanto bene valutate dal F. stesso, non possiamo, in questo momento, passare dall'invettive del Fabro all'*ammirazione*. (Rivista ital. di s. g. vol. 14, p. 352).

Vengo piuttosto all'esame del c. III. — *Interpretazione del digesto* — che, dato lo scopo del presente libro, merita più attenzione.

Questo c. è dal F., con fine accorgimento, suddiviso in due paragrafi. Nel primo sono dati i criteri d'interpretazione per lo studio del d. classico. Nel secondo quelli per la conoscenza del d. giustinianeo. I risultati degli studi più recenti sulle interpolazioni, i criteri adottati per riconoscerle, la loro diversa natura e portata sono riassunti nel paragrafo I.

a) Come mezzo di riconoscere le interpolazioni il F. indica anche (pag. 62) la « nuova tendenza » del d. giustinianeo a far prevalere la *voluntas* ai *verba*. Queste parole del F. fanno senso. Poichè, è certo che la serie d'interpolazioni riferentesi a questo punto, [2]

[1] Altrimenti già il F. nella sua Storia: conf. Prefazione e p. 84: non più nella *Zeitschrift* f. *R. G.* Vol. XX, p. 88.

[2] Gradenwitz, *Interpolationen*, c. VIII.

checchè se ne dica, non è dubbia. [1] Ma ciò non giustifica la conseguenza che ne vuol trarre il Gradenwitz e che segue ora il F.,[3] d'una opposizione nel senso suddetto tra il d. classico ed il d. giustinianeo, come è stato rilevato, in Italia ed in Germania, da autorevoli romanisti. [4] Fra questi io annovero lo stesso F., [5] che, per lo meno, si era già pronunziato in modo più riservato. Ed invero nel d. classico già la considerazione della volontà delle parti, nei singoli casi, ha trionfato sulla parola. Il metodo dei giuristi antichi, reso da Cicerone con le parole: *verba ipsa tenuerunt*, non è più quello dei giuristi classici. Questi non conoscono più la possibilità che il diritto possa portare ad una « *summa iniuria* » dacchè, nel suo sviluppo, era stato già proclamato una « *ars boni et aequi* »; quell'arte nella quale i giuristi classici furono grandi, maestri inarrivabili. [6] La considerazione della essenza e dello *scopo pratico* degli istituti, in larga base quindi la *volontà* delle parti, è per essi sempre decisiva: non più la parola. Nella grande varietà delle decisioni a noi pervenute, possiamo constatare questo metodo. Ma nemmeno mancano ne' digesti espressioni generali, che rendono tale concetto. Principalmente, ma non esclusivamente, nelle disposizioni di ultima volontà: fr. 219 de V. S.: In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit — fr. 11 § 19 (32):... in fideicommissis praecipue spectanda servandaque sit testatoris voluntas. — fr. 3 § 9 (34-4): (ma su questo fr. cfr. *Ferrini*. Legati, p. 567) — fr. 35 § 3 (28-5) ... et facit quidem totum voluntas defuncti; nam quid senserit, spectandum est — fr. 19 p. (35-1): In condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet eaque regit condiciones (cfr. fr. 101, p. eod.) — fr. 18 § 3 (33-7): optimum ... esse... non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit. »

Quelle interpolazioni dunque, bene o male intromesse dai compilatori, non erano determinate da un nuovo principio; ma piuttosto

[1] Una riserva fo per la L. 1 § 19 D. 41-2 — Gradenwitz, o. c., p. 219 segg. sulla quale avrò occasione di ritornare: conf. per ora Ferrini l. c. più sotto.

[3] Ora anche Bekker, *Zeitschrift f. R. G.* Vol. XXVI, p. 116.

[4] Lenel, *Zeitschrift d. Sav.* Vol. IX, p. 182 seg. d'accordo Eisele nella stessa *Zeitschrift* Vol. 23, p. 297, 317. Scialoja, *Bullettino dell'Istituto d. d. r.* Vol. I, p. 150.

[5] *Archivio giuridico*, Vol. 40, p. 169.

[6] Conf. Eisele *Zeitschrift f. R. G.* Vol. 26, p. 153 a proposito del fr. 24 (28-6).

erano imposte, spesso, dalla forma de' responsi dei giuristi. Specialmente in quelli di Scevola,[1] quella nudità per quanto splendida, poteva nella compilazione, compita a scopo legislativo, ingenerare l'equivoco che la risposta del giurista « posse — non posse: debere — non debere, ecc » venisse ad esprimere una norma assoluta, per tutti i casi.[2]

b) I risultati dell'Eisele, sulle caratteristiche della lingua e dello stile dei compilatori, per quanto apprezzati dal F., non sono stati rilevati quanto meritavano. Ed invero sarebbe stato utilissimo dedicarvi una pagina, in questo prezioso manualetto, trattandosi, come lo stesso F. riconosce, di risultati immediatamente applicabili.

Passo al § 2 di questo capitolo. *a*) I compilatori, sostituendo la menzione di un istituto diverso da quello contenuto nel testo originale del giurista classico (es. *pignus* per *fiducia; fideiussor* per *sponsor*, ecc.) hanno, senza volerlo, dato al primo il trattamento giuridico di quest'ultimo. Come si comporterà qui l'interprete? Il F. lo rimanda, in primo luogo, a far uso di tutti i mezzi, sempre che siano *ragionevoli*, anche *artificiosi*, per eliminare il senso im-

[1] Già VAN DE WATER, *Observat.* lib. X, cap. I, p. 9.

[2] LENEL, l. c. p. 183, rileva principalmente, con tutta ragione, le diverse condizioni della pratica del tempo del d. classico e quella del tempo della compilazione.

Di recente il F., nel suo dotto studio sulle " Presunzioni „, si è messo decisamente dalla parte del Gradenwitz. Egli accentua che sono sempre criterî obiettivi che si fanno valere nel d. classico per l'interpretazione de' negozi giuridici, e non già la considerazione dell'intimo volere delle parti. (*Riv. ital.* vol. 14, p. 274 seg. special. p. 280). Come nitida espressione di tale principio rileva (*l. c.* p. 277) una norma che si troverebbe nel d. classico, secondo la quale " una dichiarazione debba intendersi giusta il significato proprio delle parole usate ». Il F. la raccoglie dalle parole del fr. 7 § 2 (33-10): *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.* In generale, è risaputo, bisogna guardarsi dal formulare principii da singole espressioni *elette* da un fr. delle nostre fonti. Questa citazione lo prova ancora una volta. Infatti lo stesso fr., nel suo insieme, dà ben altro risultato che quello preteso dal F. La prevalenza della *voluntas* sui *verba* è, ne' giusti limiti, anche qui, ammessa da Servio e Celso. Essi negano giustamente l'efficacia d'una dichiarazione fatta con termini *arbitrarî*, come quella che, non avendo portato alla luce quello che era voluto, nemmeno in modo approssimativo, non ha esistenza giuridica. È chiaro allora che noi siamo in altro terreno e non è più questione di prevalenza dei *verba* o viceversa. [Cfr. Paolo, fr. 3 (34-5) — Proculo, fr. 125 (50-16)]. In questo senso infatti è decisa la stessa specie, da altri giuristi: fr. 4 p. (30). D'altra parte parecchie dozzine di decisioni de' giuristi classici, come de' *veteres*, riconoscono ne' termini più chiari: *a*) che la *volontà intima* del testatore (mi limito alle dichiarazioni di ult. volontà) prevale di fronte al significato *ordinario*, *comune* delle parole usate nella di-

mediato della interpolazione. Se ciò non è possibile, lo consiglia allora ad adattarsi alla norma contenuta nel frammento, pur trattandola come *jus singulare*. Se al lume dei principii giuridici si vengono a valutare questi consigli, ci si trova imbarazzati.[1] Dacchè, è egli vero che l'interprete, riconosciuto che il senso delle parole non rende la mente del legislatore, riconosciuto che dessa è piuttosto travisata, per una negligenza nella redazione, deve essere limitato ad usare de' raggiri, de' mezzi artificiosi per lasciar trionfare la vera volontà del legislatore? Fino a qual punto i mezzi *artificiosi* saranno leciti? Quali sono i limiti della *ragionevolezza?* Pur troppo qui mancano delle regole. Tale metodo, in qualunque campo, non ha che una norma e fu formulata da un grande maestro: « beruht immer auf einer gewissen divinatorischen Erfindungsgabe[2] » (!) Eppure, io penso, la scienza deve avere, in tali contingenze, un còmpito ancora più semplice. Deve cioè in ogni caso eliminare il senso immediato della interpolazione appunto perchè *quel che è detto non è*

chiarazione: Pomp. ad. Q. Muc. fr. 33 (34-2) — Proc., fr. 15 (33, 6) — Ulp., fr. 52 § 4 (32), su questo fr. Birt *Das antike Buchwesen*, p. 99 — Marcel. fr. 69 § 1 (32), quanto su questo fr. ha scritto il Gradenwitz, o. c. p. 208, non è convincente. — Giav., fr. 116 (50-16) — Giav., ex post. Lab., fr. 40 § 3 (35-1) — Marcel., fr. 36 § 1 (35-1) — Papin., fr. 101 (35-1)]: — *b)* conseguentemente, il significato ordinario delle parole è da' giuristi spesso considerato come un *mezzo* per rintracciare la volontà del dichiarante: fr. 8 (34-2) — fr. 41, p. (40-4) — fr. 52 § 4, 7 (32): — *c)* la risultante delle anzidette proposizioni fu nel d. classico stesso formulata da Marcello in un principio: non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisset testator. Le decisioni apparentemente più opposte fanno capo a questo principio. [Cfr. Paolo, fr. 25 § 1 (32), citato dal F. l. c. — Giustiniano, c. 3 (6-28)]. Di fronte a testi così chiari si è tentato tuttavia di trovare delle scappatoje. Si è detto (Gradenwitz, Ferrini) * che anche in essi è parola de'criteri obbiettivi, che per avventura possono risultare dallo insieme della dichiarazione, e non dell'intimo volere delle parti. Invero si deve concedere che, in pratica, questo sarà stato per i romani e sarà sempre, il caso più probabile. Ma una tale limitazione nei mezzi di ricerca della volontà del testatore non è *mai* espressa dai giuristi: e circostanze che sono fuori della dichiarazione sono anzi, spesso, valutate, fr. 16 § 2 (33-7) — fr. 4 § 2 (33-9) — fr. 25 (34-5). Quando i giuristi dunque parlano di *voluntas, sentire* intendono, per esprimermi con Servio: id quod ille se demonstrare animo sensisset. fr. 27 (35-1) — *comunque* sia possibile rintracciarlo.

[1] È chiaro che il F. non può addurre per la sua tesi il fr. 39 (1-3): Quod... introductum... errore primum etc. dacchè qui decisivo è il *deinde consuetudine optentum est.* Per arg. a cont. invece esso sostiene l'opinione espressa più sotto nel testo.

[2] Huschke, *Pandektenkritik*, p. 12.

* Così, ora, anche il Permice: *Labeo*, vol. 3, p. 70, ma, come gli altri, senza alcuna prova!

voluto dal legislatore. I giuristi romani non ebbero su ciò dubbio alcuno: fr. 13 § 2 (27-1): sed etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris *aliud vult* — fr. 36 § 3 (5-3):... quantum ad verba senatusconsulti... Sed non est dubium, quin *non debeat...* » Nel nostro caso poi, con i criteri suggeriti dal F., si aggiunge ancora un altro inconveniente. Quello cioè che l'esistenza o l'eliminazione di una norma giuridica è lasciata così in balìa del caso. Perchè infatti deve l'interprete riconoscere come necessaria la *condictio furtiva* accordata dalle fonti al creditore pignoratizio, e non deve poi, per restare nello stesso esempio, concedergli anche i frutti della cosa pignorata, che pur gli sono attribuiti per lo scambio della stessa parola, *pignus* per *fiducia?* fr. 22 § 2 (13-7). La riuscita più o meno felice non può, al certo, essere un criterio di guida. Il F. dovrebbe, io credo, tanto più riconoscere per fondate queste osservazioni, in quanto egli le ha avute presenti, chiamandole in vigore per un caso al certo più grave: quando cioè l'interpolazione si riconosce come determinata da un errore de' compilatori, che fraintesero il testo originale. Eppure allora quel *che è detto è pur voluto dal legislatore* (!).[1]

b) Il F. ha parole acri contro coloro che, di fronte a decisioni contradittorie, nè conciliabili in modo plausibile, stabiliscono doversi dare la preferenza alla legge di data più recente. Rimprovera qui l'assurdo di richiamarsi, malgrado il carattere unitario della legislazione giustinianea, al principio giuridico « lex posterior derogat priori ». Tutto ciò è ben detto. Ma è d'osservare che l'opinione dominante, sulle orme del Savigny,[2] è appunto per l'applicazione di tale metodo, senza che si riferisca a quella norma. La considerazione che si fa valere invece è, che, di fatto[3] — nelle istituzioni con la volontà del legislatore,[4] ne' digesti sia pure contro la stessa — si ha innegabilmente del materiale storico. L'interprete, che ha coscienza di ciò, agirà nel modo più conforme alla mente del legislatore eliminandolo nella ricerca della norma giuridica. Le dif-

[1] La distinzione che il F. vorrebbe stabilire fra la *mente* del legislatore ed il modo d'*intendere* dei compilatori non è in armonia con le ripetute dichiarazioni di Giustiniano: C. Tanta § 10. C. Deo auctore § 7.

[2] *System*, I: conf. § 44.

[3] Krüger, *Geschichte der Quellen*, etc., p. 345. Windscheid *Pand*, 7ª ediz. § 26, n. 3 — conf. anche Goldschmidt, *Universalgeschichte d. H. R.* p. 90.

[4] C. Imperatoriam maiestatem § 5.

ficoltà sono certamente non lievi, su ciò insiste anche il F. per la sua tesi, ma esse hanno valore di essere ricordate per consigliare ad evitare gli abusi, le divinazioni. Ma data come accertata [1] la successione cronologica delle leggi, e di più non si pretende, non si vede allora alcuna ragione di respingere tale criterio sicuro [2] d'interpretazione per darsi in braccio a mezzi meccanici, formali, quale è quello della *sedes materiae*, tanto apprezzato dal F. [3] Già si può dir di più. Nella compilazione il metodo cronologico, dove può aiutare, in caso di antinomie, è tanto legittimo quanto nell'altro caso, che s'incontra nei digesti quasi in ogni frammento, dove l'opinione di un giurista è ricordata e respinta. [4]

Con ciò non s'intende negare l'aiuto che i mezzi formali possono offrirci. [5] Pur troppo, nella maggior parte dei casi siamo affidati solo ad essi.

In una appendice tratta il F. della compilazione delle istituzioni. Il primo posto tengono qui i risultati ricavati dalle sue profonde ricerce, che hanno già validamente scossa, in parecchi punti, la opinione dominante. Di questo ramo di studi del F. si attende da tutti, con vivo desiderio, il completamento della bella traduzione della parafrasi greca che fa tanto onore al dotto romanista.

S. Riccobono.

[1] Spesso essa è evidente. Si pensi per es. al fr. 15 (12-1) di Ulpiano che ci rende anche testimonianza della evoluzione avvenuta: " singularia quaedam recepta sunt „ di fronte al fr. 34 (17-1) di Africano; al fr. 9 § 4 (6-2) dove Ulpiano riferisce la opinione di Giuliano, di fronte al fr. 31 § 2 (19-1) di Nerazio.

[2] Sicuro, dico, dacchè noi facciamo così quanto gli stessi compilatori avrebbero fatto, se avessero lavorato con meno di fretta (!)

[3] Tali mezzi non solo che spesso sono insufficienti, ma possono portare a risultati falsi. Così a proposito del fr. 23 (24-1) e del fr. 32 § 1 eod. Affidati ai mezzi formali ci si dovrebbe decidere in favore del fr. 23 cit. dove il principio è trattato *ex professo*. Ma l'opinione dominante non è dubbio che ha trionfato con ragione riguardando il contenuto del fr. 23, come una notizia storica.

[4] Istruttivo è il caso seguente. Nel lib. XV Quaest. Paolo (fr. 98 § 8 de Solut.) respinge la opinione di Celso. È certo che la norma del d. giustinianeo, a base di questo fr., è la decisione di Paolo. Ricorreremo noi a mezzi formali per discutere quale opinione debba prevalere, se, come è qui il caso, troveremo le decisioni riferite in fr. diversi? Paolo lib. XXI. Quaest. fr. 27 § 1 (34-4); Celso fr. 79 de Leg. III; conf. Cuiacio in Lib. XV. Quaest. Pauli ad leg. 98 de Solut. Vol. 5, p. 1119. Di più, per il diritto giustinianeo accettata è l'opinione di Giuliano nel fr. 11 § 3 (39-3) di fronte al § 1 eod., dove l'opinione di Cassio è riferita, anzi con una interpolazione! conf. Eisele, *Archiv f. Civ. Praxis* Vol. 77, p. 441.

[5] In seconda linea non sono mai da trascurarsi: conf. Windscheid, *Pand.* § 25 n. 3

ARTICOLI RELATIVI AL DIRITTO ROMANO

NELLE RIVISTE ITALIANE E STRANIERE

Annali dell'università di Perugia. — Nuova serie, Vol. II, fasc. 3°. — C. Brezzo, Sostituzione fedecommissaria e condizione testamentaria risolutiva. — G. Levi, L'actio ad exhibendum (Tesi di laurea riassunta).

Archivio Giuridico, XLIX, fasc. 1, 2 e 3. N. Coviello, La superficie — M. Siotto Pintor, Circa le origini ed il successivo svolgersi della facoltà di testare presso il popolo romano. — Fasc. 4-5. — Longo, L'azione contro il *fictus possessor* nel dritto civile romano ed italiano. — F. Schupfer, Manuale di storia del diritto italiano (rec. di Del Vecchio). — Andrich, In Patav. Athenaeo studios. (rec. di Landucci). — Fasc. 6. — Vaturi, La teorica dell'operis novi nuntiatio nel D. R. — L. Fasc. 1. — Capone, Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma. — Massa, I contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano. — Naber, Van Leeuven, G. M. Valenton, Mnemosine, Bibliotheca philologica batava (rec. sugli ultimi scritti di Buonamici). — E. Costa, L'hereditas e la familia da Adriano ai Severi (rec. di Buonamici). — J. Nicole, Λέοντος τοῦ σόφου τὸ ἐπαρχικὸν βιβλίον (rec. di C. Ferrini). — M. Voigt, Ueber di leges Juliae iudiciorum privatorum und publicorum (rec. di C. Ferrini). — W. Kalb, Zur Analyse von Justinians Institutionen (rec. di C. Ferrini). — C. Ferrini, Il Digesto (rec. di G. Segrè). — 2. — Capone, Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma. — Mazza, I contratti a favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano. — Buonamici, Lettera al prof. Serafini sulla riproduzione in foto-incisione del ms. fiorentino. — Brugi e Andrich, Rotulus et matricula D. D. Juristarum Gymnasii Patavini A. MDXCII—III p. Ch. N. (rec. di L. Chiappelli).

L'Arcadia. IV, 10. G. Biroccini, Conferenze sulla storia romana.

Atti della R. Accademia delle scienze di Torino. — XXVII, disp. 18. Ferrero, Nuovi uffici nelle armate romane.

Atti e memorie della R. Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna, Terza serie. — Vol. X, fasc. 1-3. — A. Favara, Lo studio di Bologna nel 1610 secondo un carteggio del tempo.

Circolo giuridico. Vol. XXIII, fasc. 9. — P. Fiorentino, Il Diritto commerciale dei romani. — G. Leo Silvestri, Note intorno a recenti studi sull'azione Pubbliciana.

Giornale storico della Letteratura italiana. XX, 58-59. L. Renier, Il probabile falsificatore della *Quaestio de aqua et terra.*

Rassegna di scienze sociali e politiche. Fasc. 233. Bertolini A., Il Re Manfredi invoca le leggi romane.

Rendiconti del R. Istituto lombardo di scienze e lettere. XXV, 12. C. Ferrini, Sull'*exceptio rei venditae et traditae.*

Rivista italiana per le scienze giuridiche. — Vol. XIII, fasc. 3. R. Ricci, La derelizione in diritto romano. — C. Bertolini, La ratifica degli atti giuridici nel diritto romano (rec. di F. Brandileone). — Vol. XIV, fasc. 1. — Simoncelli V., Contributo alla teoria della custodia nel diritto civile italiano. — F. Patetta, Sull'introduzione del Digesto a Bologna e sulla divisione bolognese in quattro parti. — L. Ceci, La lingua del diritto romano (rec. di Zocco-Rosa). — E. Cuq, Les institutions juridiques des Romains (rec. di Zocco-Rosa). — Fasc. 2-3. — S. Perozzi, Perpetua causa nelle servitù prediali romane. — C. Ferrini, Le presunzioni in diritto romano. — A. Pernice, Labeo (rec. di C. Ferrini). — C. Ferrini, Il Digesto (rec. di Pacchioni). — Hirsch, Die Principien des Sachbesitzerwerbs und Verlustes nach R. R. (rec. di Riccobono).

Studi e documenti di storia e diritto. — XIII, 3. — V. Casagrandi, Le minores gentes ed i patres minorum gentium (rec. an.) — 4. E. Celani, Lo statuto del comune di Montelibretti. — C. Bertolini, La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano (rec. an.) — Mommsen e Marquardt, Manuel des antiquités romaines (rec. an.). XIV, 1. — Cagnat R., L'armée romaine d'Afrique et l'occupation militaire sous les empereurs (rec. an.)

Archiv für civilistische Praxis, LXXIX, 2. Schirmer, Beiträge zur Interpretation v. Scävolas Responsen. — Bolze, Einige

Quellenstellen zur Lehre von den Condiktionen. — Dunkhase, Die Collationspflicht bei testamentarischer Erbfolge. — Woss, Ueber die Bereicherungsklage des Drittberechtigten. 3. — Eisele, Zur Lehre von den Klagenkonkurrenz. — Meyer, Ueber das Verhältniss der rei vindicatio zur Actio Publiciana. — Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävolas Responsen (III). — Riccobono, Die L. 5, pr., D. ad exhib. für die Willenstheorie im Besitz.

Archiv für lat. Lexicogr., VIII, 2. — W. Kalb, Zur Analyse von Justinians Institutionen.

Centralblatt für Rechtswissenschaft. XI, 10. Hartmann, Urkunde einer röm. Gärtnergenossenschaft von Jahre 1030 (cenno di Salis). — Dusi, La eredità giacente (cenno di F. Serafini). — 11-12. — Ferrini, La legittimazione attiva nell'actio legis aquiliae (cenno di Kleinfeller). — XII, 1. Per il XXXV anno d'insegnamento di F. Serafini (cenno di Kleinfeller). — Hruza, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Familien-Rechts (cenno di Matthiass). — Dydynski, Gai Institutiones (cenno di Gulajeff). — 2. Voigt, Römische Rechtsgeschichte (cenuo di Matthiass). — Wlassak, Subsiciva (cenno di Kleinfeller). — Dernburg, Pandekten (cenno di Matthiass). — 3. Dessertaux, L'Adrogation (cenno di Rümelin). — Hollander, Vis maior (cenno di Rümelin). — 4. Krüger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli (cenno di Matthiass).

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXXIV, 2. Schulin, Lehrbuch der geschichte des römischen Rechts (rec. di Kipp). — Jhering, Der Besitzwille, Kuntze, Zur Besitzlehre, Stintzing, Zur Besitzlehre (rec. di Hölder). — Fasc. 3. — Conrat, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechtes im früheren Mittelalter (rec. di Landsberg).

Historisches Jahrbuch, XIII, 3. Kopietz, Handelsbeziehungen der Römer zum östlichen Germanien.

Mnemosyne, XX, 3. J. C. Naber, Observatiunculae de iure romano (cont.).

Meklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, XI, 1. Grohmann, Zur Lehre von der cura furiosi.

Mittheilungen des kais. deut. Archaeologischen Instituts, XVII, 2. T. Mommsen, Fragment des diocletianischen Edicts aus Gythion.

Neue Heidelberger Jahrbücher, II, 1. O. KARLOWA, Zur Inschrift von Skaptoparene. — N. 2. BUHL, Hugo Donellus in Heidelberg (1573-1579).

Rechtsgeleerd Magazijn. — 5-6. BESIER, Superficies solo cedit. — HIJMANS, De Verjaringsinstituten (rec. di C. NABER). — RAFFAELLO RICCI, La derelizione in diritto romano (rec. an.). — 1-2. TICHELAAR, De eed der partijen in het privaatrecht.

Sitzungsberichte der königlich preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, XXXIX-XL. HIRSCHFELD, Die aegyptische Polizei des römischen Kaiserzeit nach Papyrusurkunden.

Zeitschrift für des gesammte Handelsrecht, XL, fasc. 3-4. G. CARNAZZA, Il diritto commerciale dei Romani (rec. di ADLER). — XLI, 1. PATETTA, Ein Brief des Baldus über Wechselgeschäfte.

Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart, XIX, 4. WLASSAK, Subsiciva.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. R. G. XIII, 2: BEKKER, Die römischen Komiker als Rechtszeugen; EISELE, Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen (III); ERMAN, Beiträge zur Publiciana (II); GÖPPERT, Zur Fiducia cum amico contracta; KRÜGER, Die Ueberlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des Codex Justinianus; KÜBLER, Curator Kalendarii; PERNICE, Parerga IV; RIVIER, Ueber die Ars Notariatus von Johannes Fichard; SCHLOSSMANN, Ueber die Proclamatio in libertatem; ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Aus und zu den Quellen des römischen Rechts, XXXV-L. — MAX CONRAT, Geschichte der Quellen und Litteratur des R. R. im früheren Mittelalter (rec. di SEUFFERT); BERTOLINI, La ratifica degli atti giuridici nel diritto romano privato (rec. di VON TUHR); MITTEIS, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs (rec. di LEIST); UBBELOHDE, Ueber die Berechnung des tempus utile der honorarischen Temporalklagen (rec. di BIERMANN); BIERMANN, Traditio ficta (rec. di LANDSBERG); FOURNIER, Les statuts et privilèges des Universités françaises, FOURNIER, Histoire de la science de droit en France, DENIFLE, Les Universités françaises au Moyen-Age (rec. di KAUFMANN); GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte des Handelsrechts (rec. di LENEL).

Themis, LIII, 1, TICHELAAR, Confessio in jure en confessio in judicio. — 2. NABER, De begrippen condictio en repetitio. — 3-4. SUTRO, L. 1, § 1-3, D. de extraord. cognit. (L, 13). — TICHELAAR, Interrogationes in iure.

Bulletin International de l'Ac. de sciences de Cracovie. 1892, N. 8. S. Windakiewicz, Matériaux pour l'histoire des Polonais à Padoue au XVI siècle. — Id. id., Renseignements sur les actes de l'Université de Bologne.

Journal des Savants. — M. 1892. A. Dareste, Il diritto privato romano nelle Comedie di Plauto.

Nouvelle Revue historique de droit francais et étranger, XVI, 3. Saleilles, La controversia possessionis et la vis ex conventu à propos de l'interdit uti possidetis. — Monnier, Études de droit byzantin. — 5. Monnier, Études de droit byzantin. — Dareste, Un rescrit de l'empereur Hadrian. — G. May e H. Becker, Précis des institutions du droit privé de Rome (cenno di R. D.). — 6. Monnier, Études de droit byzantin. — Denisse, Recherches sur l'application du droit romain dans l'Égypte. — XVII, 1. T. Reinach, La répresentation en matière de successions féminines dans le droit égyptien, grec et romain. — L. Denisse, Recherches sur l'application du droit romain dans l'Égypte. — A. Schulten, De conventibus civium romanorum (rec. an.). — C. Lehman, Consuetudines Feudorum, Libri feudorum, jus feudale langobardicum, 1ª Compilatio antiqua (rec. an.).

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, XVI, 4. Ermann, Mélanges de droit romain. — 5. Em. Reich, Les institutions gréco-romaines au point de vue anti-évolutioniste.

Revista de los Tribunales, XXIII, 3-4. Zocco-Rosa, Della vocazione del sec. XIX alla cultura scientifica del dritto romano (rec. di Torres Campos).

BULLETTINO BIBLIOGRAFICO

(Si pregano gli autori e gli editori di voler aiutare l'Istituto nella compilazione di questo bullettino, informandolo delle loro pubblicazioni).

Beauregard U. — Droit romain: Du développement paralléle de la répresentation dans les instances judiciaires et dans les actes juridiques. — Paris, Davis, 1892.

Belanger R., D. R.: Du juge qui fait le procés sien. — Paris, Rousseau, 1892.

Blondeau C., D. R., Du pécule castrense. — Grenoble, Breynat, 1892.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 4 Bd., 1 Lfg., 2 Afl. — Leipzig, Deichert, 1892.

Dareste R. et Haussoullier B. — Recueil des inscriptions juridiques. — Paris, Laroux, 1892.

Dolplaix A., De l'interdit Utrubi en droit romain. — Nancy, Crépin-Leblond, 1892.

De Combes, De la dation en payement en droit romain. — Paris, Larose et Forcel, 1892.

Deuxième année de droit romain, conforme au programme officiel, par un professeur libre de droit. — Paris, Cabanon, 1892.

Dore G., Studi sugli interdetti romani, Parte I, Sez. I. — Firenze, Niccolai, 1892.

Erman H., Mélanges de droit romain. I: Les théories romaines par l'entreprise avec les matériaux de l'entrepreneur. — Paris, Thorin, 1892.

Hartmann, Urkunde eines röm. Gärtnergenossenschaft vom J. 1030. — Freiburg, Mohr, 1892.

Jeze G. — Les lois agraires sous la république. — Toulouse, Calvet, 1892.

Josserand L. — Essai sur la nature des actions qui sanctionnent les negotia nova. — Lyon, Mougin-Busand, 1892.

Hubert G., D. R., Du droit de vente du créancier hypothécaire. — Montaubon, Forestié, 1892.

La Lande de Calan C. — Le droit commercial chez les Romains. — Saint-Amand, Cagnon, 1892.

Larivière. — De traités conclus par Rome avec les rois étrangers. — Paris, Rousseau, 1892.

Moulin S. — D. R. De l'hypothèque des choses incorporelles. — Paris, Rousseau, 1892.

May G. et H. Bocker. — Précis des institutions du droit privé de Rome. — Paris, Larose Forcel, 1892.

Meynier de Salinelles B. — Du rôle des édiles en matiére de moralité publique à Rome. — Paris, Oudin, 1892.

Mollet E. — D. R., Du precaire. — Paris, Rousseau, 1892.

Marquardt J. — La vie privée des Romains (Trad. par V. Henry). I. — Paris, Thorin, 1892.

Palumbo, L'invocazione delle leggi romane fatta da Manfredi. — Lanciano, Carabba, 1892.

Palmieri G. B. — Appunti e documenti per la storia dei glossatori. I: Il formularium tabellionum di Irnerio. — Bologna, Treves, 1892.

Peuvergne R., La fiction de la loi Cornelia. — Paris, Larose et Forcel, 1892.

Perret R. — D. R.: Des biens adventices. — Paris, Rousseau, 1892.

Ricci R. — La derelizione in diritto romano. — Roma, Loescher, 1892. (Estr. dalla *Riv. ital. per le scienze giur.*).

Ricci R. — Collari di schiavi. — Roma, Pasqualucci, 1892. (Estr. dal nostro *Bullettino*).

Répétitions sur les Pandectes, conformes au programme pour 1891-92. — Paris, Bas, 1892.

Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum scilicet Rainerii de Perusio, Roffredi Beneventani, Anselmi de Orto, Hugolini, Johannis Bassiani aliorumque, praeit Hincmari Remensis Collectio de ecclesiis et cappellis, accedit Boncompagni Rethorica novissima, prodeunt curantibus A. Gaudentio, I. B. Palmerio, F. Patetta, J. Tamassia, V. Scialoja. — Bononiae, P. Verano, 1892.

Savigny F. C. Sistema del diritto romano attuale. (Trad. di V. Scialoja). Disp. 43-46. — Torino, Un. tip. ed., 1892.

Segrè G., Dell'azione di caducità promossa contro l'enfiteuta nel diritto romano e nel diritto italiano. — Firenze, 1892.

Rousseau A., D. R., De la curatelle du prodigue e du fou envisagée au point de vue historique. — Paris, Rousseau, 1892.

Simaika A., Essai sur la province romaine d'Egypte depuis la conquête jusqu'à Diocletian. — Paris, Thorin, 1892.

Dessertaux F., Etude sur les effets de l'adrogation. — Dijon, Rousseau, 1892.

J. Appleton, Essai sur le fondement de la protection possessoire. — Paris, Larose et Forcel, 1893.

Serafini F., Istituzioni di diritto romano, Vol. II, V^a ediz. — Firenze, Pellas, 1892.

Torelli C. L., Della schiavitù romana nei suoi rapporti con le leggi e col Cristianesimo. — Roma, 1893.

Ferrini C., Il Digesto. — Milano, Hoepli, 1892.

V. Garzilli, La condictio incerti nella procedura romana. — Napoli, Pietrocol, 1892.

G. Cattabeni, Dei riti delle antiche nozze romane. — Macerata, tip. econ., 1892.

R. Garagnani, I tributi e le tasse dei romani tanto sotto la repubblica quanto sotto l'impero. Bologna, Monti, 1892.

Politi F., Le obbligazioni a termine nel diritto romano (estr. dall'*Antolog. giur.*).

Baron J., Peregrinenrecht und Jus gentium. — Leipzig, Duncker, 1892.

Bender H., Rom und römisches Leben im Alterthum. — Tübigen, Laupp, 1892.

Cohen H., L. 44, § 1, D., *de aed. ed.*, XXXI, 1. — Berlin, Mayer et Müller, 1892.

Cohn O., Quasi-Pupillarsubstitution. — Berlin, Mayer et Müller, 1893.

Hitzig, Die Stellung Kaiser Hadrians in der röm. Rechtsgeschichte. — Zürich, Schulten, 1893.

Lehmann, Consuetudines feudorum. — Göttingen, Dieterich, 1892.

Merkel, Der römisch-rechtliche Begriff der Novatio.— Strassburg, Trübner, 1892.

Schneider, Zur Geschichte der Sclaverei im alten Rom. — Zürich, Schulthen, 1892.

Domin J., De l'action quasi-servienne ou hypotécaire. — Mortain, Leroy, 1893.

Erman, La restitution des frais de procés en droit romain. — Lausanne, Viret-Genton, 1892.

Thomas E., L'Envers de la société romaine d'après Pétrone. — Paris, Hachette, 1892.

Krüger H., Beitrag zur Lehre von der exceptio doli. — Halle, 1892.

Garbasso C. L., Delle azioni popolari nel diritto antico e nel diritto moderno. — Casale, 1892.

Lenel U., Das Sabinussystem. — Strassburg, 1892.

Naber J. C., Ad L. 6., D. de his qui not. inf. (III, 2) — (ex sylloge commentationum quam obtulerunt philologi batavi clarissimo viro C. Conto).

Bekker E., Zum Reform des Besitzsrechts. — Jena, 1891.

Costa E., L'hereditas e la familia da Adriano ai Severi. — Bologna, Zanichelli, 1893.

Coviello N., Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo. — Bologna, Fava e Garagnani, 1892.

Leipold H., Ueber die Sprache des juristen Aemilius Papinianus. — Passau, 1891.

Manfredi Siotto Pintor, Circa le origini ed il successivo svolgersi della facoltà di testare presso il popolo romano (estr. dall'*Arch. giur.*, XLIX, 1-3).

Mommsen Th., Zweisprachige Inschrift aus Arykanda, 1892.

Naber J. C., Observatiunculae de iure romano (contengono studi sulla L. 21, D., XVI, 2, de bonae fidei iudiciorum exitu, ad iudicium depositi et ad formulam octavianam, sul rescritto del divo Marco circa doli mali exceptionem, quid sit compensare, quid sit

compensatio debiti, sulla condictio pensatae pecuniae, sulla natura della compensazione, sulla L. I, § 4, D., XLIX, 8, sulla compensazione re vel pacto, de argentarii periculo, an et quatenus ex dispari causa compensetur, sul bonorum emptor, quid sit quod dicitur dotem peculiumve minui, sull'ipso iure compensari, de iure retentionis). — (Ext. *Mnemosynes* bibliothecae philologicae batavae).

Tamassia N., Note per la storia del diritto romano nel medio evo. — Firenze, Barbèra, 1892.

Taraschi N.. Appropriazione di cosa smarrita. (Estr. dal *Digesto ital.*).

Voigt M., Die römischen Privatalterthümer und römische Kulturgeschichte (dall'*Handbuch der klass. Altertums Wissenschaft*, IV, 2).

Zocco-Rosa. — Movimento didattico e scientifico della cattedra di storia del diritto romano nell'università di Catania. — Catania, 1893.

SUNTO DEI VERBALI DELLE RIUNIONI DELL' ISTITUTO

Adunanza del 15 novembre 1892.

La seduta si apre alle ore 2 1[2 pomeridiane.

Presiede il professor Filomusi-Guelfi.

Il segretario presenta il resoconto della cassa, che viene approvato.

Dà poi lettura di un lavoro del prof. Perozzi, dal titolo: *Fructus servitutis esse non potest.* Dopo una breve discussione, a cui prendono parte i professori Scialoja e Semeraro e il dottor Ricci, si delibera d'inserire il lavoro nel prossimo *Bollettino.*

Il segretario perpetua propone la nomina di alcuni soci onorari stranieri, che, dopo breve discussione, vengono approvati all'unanimità. Si delibera d'invitare con apposita circolare i soci assenti a dare il loro voto su quei nomi.

La seduta è tolta alle ore 5 1[2 pomeridiane.

Adunanza del 20 dicembre 1892.

La seduta è aperta alle 3 pomeridiane.

Presieda il professore Semeraro.

Il segretario perpetuo riferisce le risposte dei soci assenti intorno alle persone proposte nell'ultima adunanza a socii onorari.

L'assemblea proclama eletti a soci onorari del nostro Istituto i signori:

Bekker E. I., professore nell'Università di Heidelberg, Fitting H., professore nell'Università di Halle, Goldschmidt L., professore nell'Università di Berlino, Labbé J. E., professore nell'Università di Parigi, Leist B. W., professore nell'Università di Jena, Lenel O., professore nell'Università di Strasburgo, Rivier A., professore nell'Università di Bruxelles, Voigt M., professore nell'Università di Lipsia.

Il segretario perpetuo commemora i soci onorari Jhering, e Windscheid morti l'uno il 17 settembre, l'altro il 26 ottobre 1892.

La seduta è tolta alle ore 5 pomeridiane.

Adunanza del 1° aprile 1893.

La seduta è aperta alle 2 1[2 pomeridiane.

Presiede il professore Filomusi.

Il vice-segretario presenta i seguenti libri pervenuti in dono all'Istituto:

I. Appleton, *Essai sur le fondement de la protetion possessoire.* — Paris, 1893.

I. Dessertaux, *Etude sur les effets de l'adrogation.* — Paris, 1892.

Il segretario perpetuo presenta una recensione del dottor Riccobono sul *Digesto* del professor Ferrini. L'assemblea, uditane la lettura, delibera che venga inserita nel prossimo *Bullettino.*

Il dottor R. Ricci parla sopra una epigrafe scoperta in Arykanda, e sopra lo studio relativo del Mommsen.

La seduta è tolta alle 4 1[2 pomeridiane.

Adunanza del 10 maggio 1893.

La seduta è aperta alle ore 3 pomeridiane.

Presiede il professore Filomusi.

Il vice-segretario presenta i seguenti libri pervenuti in dono all'Istituto:

Annuario dello Istituto di storia del Diritto romano nella Regia Università di Catania. — Catania, 1893.

G. Carnazza, *Le obbligazioni alternative nel Diritto romano e nel Diritto civile italiano.* — Catania, 1893.

A. Vanni, *Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel Diritto romano.* — Urbino, 1893.

Il segretario perpetuo propone nuovi soci ordinari, che hanno fatto richiesta di entrare nel nostro istituto, e l'assemblea li approva all'unanimità.

Dopo alcune comunicazioni d'indole amministrativa del segretario perpetuo, la seduta è tolta alle ore 5 pomeridiane.

Il segretario perpetuo
Vittorio Scialoja

Il vice-segretario
Raffaello Ricci.

ESSENZA DELLA *BONA FIDES*

E SUO RAPPORTO COLLA TEORICA DELL'ERRORE

SOMMARIO.

1. Questioni: Stato etico o stato psicologico (errore). — Concezione positiva o negativa (assenza di mala fede). — Dipendenza o indipendenza dalla scusabilità dell'errore. — Origine della discussione. — Scheurl. — Bruns.

2. Controversia Bruns-Wächter. — Opinione del Wächter: La buona fede è un fatto dello spirito, — il dubbio del possessore non la esclude, purchè non sia tale da escluder la credenza, — l'errore su cui si fonda è *segno di riconoscimento* che la volontà fa difetto (errore improprio del Savigny), e quindi la sua scusabilità non importa: essa concerne solo il titolo putativo.

3. Opinione del Bruns: La buona fede *romana* è un fatto esclusivamente etico, — per conseguenza (Bruns) ci vuole una convinzione assoluta, — e l'errore inescusabile esclude la buona fede.

4. Opinione del Pernice: La buona fede consta tanto dell'elemento etico quanto dell'elemento intellettuale; ma questo prevale assolutamente sull'altro ne' giuristi romani, eccettuato il solo Pomponio, — il dubbio nuoce al possessore, se prodotto da circostanze concrete e dimostrabili, — qual rapporto interceda tra essa e l'errore nel pensiero de' giureconsulti romani allo stato attuale delle fonti non si riesce a stabilire; a ogni modo l'*error iuris* esclude l'usucapione.

5. Mia opinione. — Premessa fondamentale: la *bona fides* è un fatto etico *non alterato dal diritto*, in qualunque rapporto l'assuma. — Conse-

guenze: I. Presupposto di un fatto etico è sempre l'azione (comportamento esteriore) o il pensiero (fatto psicologico): presupposto *normale* della buona fede quanto all'usucapione è solo un fatto psicologico, l'errore. Non è concepibile nè una opposizione de' due momenti, nè una prevalenza mai dell'uno sull'altro. II. La buona fede è misurata dalla coscienza popolare e presso i Romani significava assenza di mala fede. III. La scusabilità dell'errore non importa per la buona fede: solo nell'ulteriore espansione della *bona fides* a detrimento della *iusta causa usucapionis* si afferma la scusabilità dell'errore, ma come requisito indipendente dell'usucapione, non collegato *organicamente* colla buona fede in guisa da fare di questa una categoria esclusivamente giuridica o civile.

6. Dimostrazione della premessa fondamentale e della prima tesi. — Denominazione (*fides, bona fides*) ed espressioni (*fideicommissum, fiducia*, ecc.) significanti un concetto e una norma etica generale: assenza di notizie circa una possibile alterazione giuridica del concetto etico. — Esplicazione essenziale della *bona fides* nella *possessio bonae fidei* in senso proprio. — Espressioni romane: *credere, putare*, ecc. — Critica del Bruns circa l'opposizione dello stato etico e dello stato psicologico. — Critica del Pernice circa la prevalenza dell'ultimo.

7. Dimostrazione della seconda tesi. — Critica del Bruns circa il grado elevato della buona fede romana. — Critica del Pernice circa il soverchio gravame imposto al giudice nel valutare la scienza e coscienza del possessore.

8. Dimostrazione della terza tesi. — Critica del Bruns circa la influenza della scusabilità. — Critica del Wächter circa la separazione tra il titolo putativo e la *bona fides*. — Argomenti per la correlazione storica e logica tra l'esaurimento della *iusta causa possidendi* o *usucapionis* e l'assurgere della *iusta causa erroris* in sua vece, accanto alla *bona fides*.

1. Circa la *bona fides*, indipendentemente dall'ambito e dall'uffizio ch'essa ha nell'usucapione, si agitano le seguenti questioni, che concernono più intimamente l'essenza sua e potrebbero quasi riguardarsi come questioni pregiudiziali: Si dee concepire la buona fede come uno stato etico o come uno stato psicologico, un errore? Si dee concepire positivamente, richiedere cioè una convinzione positiva e assoluta, o negativamente, cioè come una mera assenza di mala fede? E in qual relazione è la buona fede colla dottrina del-

l'errore? o, in altri termini, l'errore inescusabile distrugge la buona fede ovvero non ha alcuna influenza su di essa?

I nostri vecchi giuristi definivano schiettamente la *bona fides* come una falsa credenza, un errore: n'avevano quindi, si direbbe ora, un concetto psicologico tutti quanti. Tale falsa credenza era in generale per essi la *opinio dominii*.

Ma si vide ai nostri giorni che la buona fede non presuppone sempre un errore. Discutono alcuni testi se vi sia nella specie *bona* o *mala fides*, si deve supporre in altri la *bona fides*, e così negli uni come negli altri la specie esclude o pare escluda l'errore, la falsa credenza del possessore. Fu questa più attenta considerazione delle fonti e delle specie possibili che trasse a rigettare il vecchio modo di concepire la buona fede: e parve che non si potesse dar ragione di quei casi e render veramente l'essenza della buona fede, se non considerandola come un uno stato meramente etico. Fu primo lo Scheurl che si mise per questa via[1]. Chi l'ha battuta più a fondo e ha esagerato la nuova tendenza in guisa da produrre nella dottrina un notevole turbamento, inducendo dal concetto etico della *bona fides* le conseguenze più serie circa il grado della buona fede e la sua relazione coll'errore, è stato il Bruns.

2. Intorno al 1870 s'accese tra il Bruns e il Wächter una lunga controversia, originata da un celebre processo[2]. Il caso invero, per quanto il Bruns ne traesse argomento per ripetere l'osservazione che « sovente un solo caso pratico dà modo di penetrare più a fondo collo sguardo in un concetto giuridico che non tutta

[1] In uno scritto *sulla dottrina dell'usucapione*, cui porse occasione l'altro celebre dello Stintzing *sull'essenza della bona fides*. Cfr. SCHEURL *Beiträge zur Bearb. des röm R.* Erl. 1854, § II, pag. 29.

[2] Il Wächter fu chiamato a dar parere sulla causa nel 1869: reso di pubblica ragione questo parere nel 1870. Il Bruns, verso la fine dello stesso anno, ve n'oppose un suo, punto per punto contrario a quello del Wächter. Questi pubblicò allora un più esteso scritto teorico in sostegno della sua opinione: *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums*. Leipzig, 1871; e il Bruns alla sua volta rispose anch'egli con uno scritto teorico: *Die bona fides bei der Ersitzung*, Berlin 1872, cui premise anche il suo parere.

una serie di speculazioni teoriche » non mi par che fosse tanto interessante e caratteristico. Tralasciando però il fatto, riferiamo le opposte dottrine del Wächter e del Bruns circa l'essenza della *bona fides* e il suo rapporto coll'errore.

Circa la nozione specifica della *bona fides*, il Wächter accettava la definizione dello Schirmer e del Windscheid, « credenza di non far torto al proprietario », modificandone, ma non tanto sostanzialmente, la formula. Ma ciò che importa a lui di fissare è che la *bona fides* del possessore poggia sopra una credenza, una opinione, un fatto dello spirito insomma.

In tutte le varie applicazioni della *bona fides* a uno stesso istituto essa è sempre uguale: così la *possessio bonae vel malae fidei* è sempre la stessa, sia relativa all'usucapione, alla *petitio hereditatis*, alla responsabilità negli atti illeciti (ad esempio nel furto). Diversa invece può essere la significazione della *bona fides* ne' diversi istituti. Una convinzione assoluta del proprio diritto nel *bonae fidei possessor* non si richiede; e un qualche dubbio, purchè non sia tale da escludere quella credenza, non significa *mala fides*.

Ma qual è l'influenza che sulla buona fede così concepita può avere l'errore? Il Wächter principia con riassumere la teoria generale dell'errore, dichiarandosi, fuorchè ne' termini, seguace di Savigny. Si distinguono due specie di errore: l'errore ch'è *motivo determinante* a un atto (Bestimmungsgrund) e l'errore ch'è propriamente *segno di riconoscimento*, cioè argomento onde si riconosce che la volontà fa difetto (Erkentnissgrund). La prima categoria corrisponde all'errore proprio di Savigny, la seconda all'errore improprio. Nella prima serie di casi, cioè quando l'errore è motivo determinante, esso non esclude gli effetti che regolarmente dovrebbero derivar dall'atto, se non per espressa disposizione di legge: è un riguardo che la legge usa in alcuni pochi rapporti all'errante. Ma l'errore deve essere a ogni modo un errore scusabile: il che non è ordinariamente dell'errore di diritto. Nella seconda serie di casi invece l'atto è nullo di

per sè, improduttivo di effetti, perchè la volontà, requisito essenziale, manca: l'errore è soltanto indizio che, contrariamente alle apparenze, non si vuole effettivamente. Laonde la scusabilità o inescusabilità dell'errore non importa: l'atto è sempre nullo.

Ora l'errore, che costituisce il sostrato della buona fede, appartiene a questa seconda categoria. Esso è indizio che non si vuole commettere una illecita appropriazione della cosa altrui: esso dimostra che nell'animo del subbietto non v'è *mala fides*, ma *bona fides*. La scusabilità o inescusabilità di esso non muta niente l'esistenza del fatto. Se la legge adunque all'esistenza mera di questo fatto riconnette alcun effetto giuridico, s'ha a guardare solamente se il fatto esista o no. Può bensì il legislatore, perchè il fatto della *bona fides* produca l'effetto, esigere altresì che l'errore sia scusabile; ma non muta il fatto, nè può mutarlo, soltanto lo dichiara insufficiente: la *bona fides* c'è, se non che la sua efficacia è condizionata alla scusabilità dell'errore.

Ma il diritto romano, secondo il Wächter, non ha così disposto circa la *bona fides* del possessore, fatta astrazione della buona fede che integra il titolo (il così detto titolo putativo). S'hanno testi chiarissimi che non solo ammettono la *bona fides* del possessore nel caso di errore inescusabile, ma n'ammettono l'efficacia: escludono il furto, escludono la responsabilità inerente al possessore di mala fede (cf. § 5 I. *De us.* 2, 6; L. 36 D. *De a. r. d.* 41, 1; L. 25 § 6 D. *De h. p.* 5, 3). Dato ciò, è forza inferirne che *la scusabilità o inescusabilità dell'errore costituente la bona fides non impedisce l'usucapione.*

Vero è che alcuni testi generalissimi dicono apertamente che l'errore di diritto non giova all'usucapione (L. 31 pr. D. *De us.* 41, 3; L. 32 § 1 *ibid.*; L. 4 D. *De i. et f. ign.* 22, 6). Ma tal principio è da riferire, dice il Wächter, esclusivamente al titolo putativo nel quale, quando s'ammise, si volle che almeno l'errore fosse un errore di fatto scusabile (cf. L. 11 D. *Pro empt.* 41, 4; L. 5 § 1 D. *Pro*

suo 41, 10; L. 44 § 4 D. *De us. et usuc.* 41, 3 e testi cit.). Quanto alle leggi in cui si dichiara genericamente che l'ignoranza o l'errore di dritto giovano a rimuovere un danno, una perdita, ma non giovano quando si tratta di fare un guadagno (L. 7; L. 8 D. *De i. et f. ign.* 22, 6), anzitutto esse concernono l'errore nel motivo determinante (l'errore proprio), dipoi come ha dimostrato il Savigny (*System III* p. 344 trad. it. Scialoja pag. 444), il criterio enunciato da quelle leggi è da rigettare, perchè falso nella sua generalità, come tanti principî generali espressi dai Romani e come nella stessa materia il principio: *errantis nulla voluntas est.*

3. Da tali idee diverge assolutamente il Bruns. Egli comincia col porre in generale una antitesi tra due concetti della buona fede. La buona fede si può concepire o sotto un punto di vista psicologico, e in tal caso si dice ch'essa è una convinzione, una opinione, una credenza in qualcosa, si riguarda insomma come un fatto dello spirito; ovvero sotto un punto di vista etico, ed essa indica l'onestà, la rettitudine, il comportarsi scrupolosamente da persona dabbene: non si tratta di credere o non credere, ma di coscienza pura, di onoratezza, di moralità.

Ora è permesso al legislatore o, per dirla col Bruns, è *legislativamente possibile* accettare circa la buona fede l'uno a l'altro punto di vista. La legge può stabilire che chiunque riceva un oggetto senza la consapevolezza d'andar contro il diritto, nella credenza adunque che non sussista alcuna offesa al diritto, possa usucapire. Ma può anche dichiarare che venga ammesso a usucapire solo colui che abbia una convinzione onesta, abbia ragioni sufficienti di presumere che l'acquisto è conforme al diritto. Nel primo caso avremmo, secondo il Bruns, un punto di vista psicologico, nel secondo caso un punto di vista etico. Nel primo basta quindi il mero fatto psicologico del credere o non credere, nè s' ha a tener conto della scusabilità dell'errore. Nel secondo si deve determinare, alla stregua di principî etico-giuridici [1], fin dove giungeva il dovere

[1] Nel parere: *etico-giuridico-commerciali.*

di riflettere a tutte le circostanze, epperò a quali condizioni la credenza e l'errore debbono riguardarsi come scusabili. Il punto di vista etico, si vede, dovrebbe implicare una concezione assolutamente positiva della *bona fides*. Ora, soggiunge il Bruns, la legislazione romana ha seguìto nel concetto della *bona fides*, il principio etico. Ciò è manifesto già dalle espressioni stesse: *fides*, *bona fides* indicano concetti altamente morali: in senso etico adoperano la parola Cicerone e tutti gli antichi, e fu solo per effetto del Cristianesimo e del diritto canonico che la parola *fides* prese a significare credenza. Non è « Glaube » la significazione fondamentale di essa, ma « Treue », ed è perciò da schivare la espressione « gute Glaube », che confonde i concetti.

Il Bruns procede indi a dimostrare da un punto di vista più intrinseco e giuridico il suo asserto. E dapprima con una induzione generale. Contrariamente al Wächter egli ritiene la *bona fides* identica in tutti i rapporti giuridici: quindi la *bona fides* contrattuale identica alla *bona fides* nell'usucapione. Ora in tutti i rapporti contrattuali essa è il contrapposto naturale del *dolus* e denota quindi un concetto etico.

Appresso reca una serie di testi concernenti l'usucapione (L. 7 § 6; L. 8 D. *Pro empt.* 41, 4: L. 1 C. *Si vend. pign.* 8, 29 (30); L. 3; 4 *ibid.*; Fr. Vat. 1; L. 5 § 2, 5 D. *De a. et c. tut.* 26, 8), nei quali, per suo avviso, la buona fede non può significar credenza, perchè il compratore acquista effettivamente dal proprietario o da persona autorizzata, mandatario, creditore pignoratizio, tutore. Per contrario altri testi ci significano che si è in buona fede, benchè si sappia di non acquistare dal proprietario (L. 28 D. *De nox. act.* 9, 4; L. 5 pr. D. *Pro der.* 41, 7). Uno special valore poi attribuisce il Bruns ad alcune parole della L. 7 § 2 D. *Pro empt.* 41, 4 « aut scit (servus peculium sibi concessum non esse) *aut scire debet* », all'esame delle quali dedica un intero paragrafo.

Ora posto che la *bona fides* nel diritto romano è concepita

sotto un punto di vista etico, ne segue, secondo il Bruns, che l'errore inescusabile annienta la *bona fides* e perciò impedisce l'usucapione. D'altra parte la tendenza del diritto romano non è già di agevolare l'usucapione, ma di restringerla; il che si deve tener presente nella ricerca e nel giudizio de' suoi principî. Già Gaio (II, 49) aveva detto che rispetto alle cose mobili « non facile procedit ut bonae fidei possessori usucapio contingat », e nondimeno Giustiniano lamenta pur sempre che « miseri rerum domini excludebantur et nullum eis reservabatur auxilium » (L. un. Cod. *De usuc. transf.* 7, 31) e ritiene urgente che le « inhumanae angustiae, » la « compendiosa iactura », i « iura nocentia » dell'usucapione sieno ancor più limitati: financo nelle Novelle ha egli aggiunto nuove limitazioni.

Per combattere le induzioni contrarie che il Wächter ricava dalla teoria dell'errore, il Bruns asserisce fin dal principio del suo scritto che la distinzione del Wächter non si riscontra con quella di Savigny tra errore proprio e improprio, ch'essa non costituisce alcuna antitesi recisa; e ciò gli basta.

4. Quasi intermedia tra le due, benchè più prossima in sostanza alla dottrina del Wächter, è l'opinione del Pernice [1] Come il Wächter, egli si dichiara contrario alla equiparazione della *bona fides* ne' rapporti reali e ne' rapporti obbligatorî; v' avrebbe anzi un'antitesi tra le due specie di buona fede. E circa la *bona fides* ne' rapporti reali egli principia dall'osservare che le fonti non ci rendono alcuna immagine chiara in que' punti che sono precisamente oggetto del nostro esame. Falso è a ogni modo che *fides* non significhi mai credenza (Glaube); assai dubbia la parificazione di *fides* e *bona fides*. Venendo però a indagare se la *bona fides* costituisca una mera convinzione, ovvero accolga in sè anche un elemento morale, egli distingue effettivamente in essa due elementi,

[1] *M. A. Labeo*. Halle 1878, II, pag. 207-230.

la scienza e la moralità, l'elemento intellettuale e l'elemento morale. Riconosce ancora che non è la scienza, la quale impedisca gli effetti giuridici, bensì l'immoralità insita in essa. Ne adduce in prova quei testi, in cui la scienza di vizî nell'atto d'acquisto non è d'ostacolo all'usucapione: ciò avviene, egli asserisce, perchè, nonostante quella scienza, immoralità non c'è nell'apprensione e nella detenzione della cosa. Sono il Fr. Vat 1 e la L. 28 D. *De nox. act.* 9, 4. Altra prova ne trae dalla L. 8 D. *Pro empt.* 41, 1, in cui benchè s'acquisti dal proprietario si dubita della buona fede a causa dello scopo illecito per il quale il negozio s'è concluso, dalla L. 13 § 2 D. *De usurp.* 41,3 e dalla L. 2 § 8 D. *Pro empt.* 41, 4.

Ma dato che la *bona fides* è costituita di due elementi, egli trova naturale che si voglia ricercare quale sia l'elemento originario. E in opposizione al Bechmann egli ritiene che ne' più vecchi giuristi cotesto elemento morale non spicca come un elemento essenziale: che di fronte allo stato reale delle cose l'elemento subbiettivo resta nell'ombra, e dov'essi v' hanno riguardo, tale momento non esprime l'intenzionalità, ma la credenza, cioè non esprime qualcosa di etico, ma qualcosa di intellettuale. Solo in Pomponio noi troviamo per la prima volta fatto risaltare fuor di misura l'elemento subbiettivo. Questa prevalenza dell'elemento intellettuale, questa mira esclusiva alla scienza ne' giuristi romani s'argomenta, secondo il Pernice, dal concetto del *bona fide servire*, che non spira certamente una idea di moralità, dalle numerose volte che la *bona fides* è definita come ignoranza o errore o che l'erronea supposizione è adoperata a significare la buona fede, dalla circostanza infine che nessuno de' vecchi giuristi si esprime in guisa da far risaltare l'immoralità come elemento essenziale.

Sulla questione se alla buona fede si richieda la convinzione positiva del proprio diritto o se basti la mera assenza di una persuasione contraria, cioè, dal punto di vista pratico, se un qualche dubbio sul proprio diritto costituisca mala fede, il Pernice decide che il dubbio nuoce bensì alla buona fede, quindi è di osta-

colo all'usucapione, ma non quello che sia fondato sulla riflessione o circospezione del possessore, bensì un tal dubbio prodotto da circostanze concrete e dimostrabili. Che il dubbio non sia guari indifferente lo si ricava dalla L. 8 § 1 D. *Pro empt.* 41, 4, dalla L. 4 pr. e dalla L. 14 *ibid.*, dalla L. 26 D. *De poss.* 41, 2 e dalla L. 17 C. *De rei vind.* 3, 32. Che debba esser fondato su circostanze concrete e dimostrabili si può indurre dalla L. 30 C. *De r. v.* 8, 44, ma s'induce sovrattutto dall'ordine della prova; poichè la buona fede si presume, l'avversario per escluderla deve ben produrre una circostanza concreta.

Come si vede è in sostanza su questo punto l'opinione del Wächter e del Windscheid ridotta a una forma più determinata.

Circa la relazione dell'errore colla *bona fides*, anzitutto il Pernice rigetta come non romana la dottrina dell'errore scusabile o inescusabile: i Romani distinguono solamente tra errore di fatto ed errore di diritto e non richiamano, a suo avviso, questo concetto a un principio superiore. Ora l'*error iuris* certamente impedisce l'usucapione; ma in che rapporto sia colla *bona fides* nel pensiero de' giureconsulti romani non si riesce a intendere, allo stato delle nostre fonti. Su questo punto adunque non si perviene che a un risultato assolutamente negativo.

5. Quanto a me ciò che in ogni aspetto mi sembra guida sicura a penetrare nell'essenza della *bona fides*, a intendere i testi e dissipare le nebbie per cui s'arriva a disperar di raggiungere la meta e vi s'arriva da uno scrittore come il Pernice, è il pensiero che la buona fede è un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto *non alterato punto dal diritto che l'assume, non foggiato dalla legge ad arbitrio suo.* È, come io direi, una buona fede *naturalis*, non *civilis*, quella cui la legge si richiama.

Posto ciò, la mia opinione sulle tre questioni proposte è la seguente:

I. La buona fede è un concetto etico, generale e uguale in tutti i rapporti. Il suo presupposto *normale* nella *possessio bonae*

fidei e quindi nell'usucapione è l'errore, cioè un fatto psicologico; raramente l'azione o il comportamento esteriore del subbietto. Quando a ogni modo concorrono e il momento etico e il momento psicologico non è concepibile una prevalenza dell'uno sull'altro, come non è concepibile una prevalenza tra causa ed effetto.

II. La buona fede, pure quanto al grado, è misurata dal senso morale della società, che intende per buona fede la mera assenza di dolo o mala fede, ed è rimessa ne' singoli casi all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo mutevole e indefinibile sentimento. L'ambito maggiore concesso alla buona fede dal diritto potrà crescerne l'importanza e renderne più delicata l'ammissione, ma non significa esaltazione del grado.

III. La scusabilità dell'errore, quando l'errore costituisca il sostrato della buona fede, non può importare, nè importa per diritto romano alla buona fede in sè e per sè considerata. Solo per ispeciali cause e per una speciale evoluzione tale scusabilità venne a costituire un requisito dell'usucapione in alcuni casi; ma il suo rapporto colla buona fede è meramente estrinseco, non organico, nè s'è creata riguardo al possesso *ad usucapionem* una buona fede civile.

6. Se vogliamo prescindere un momento dall'assunzione della *bona fides* nel diritto come elemento di una serie di rapporti giuridici, certo essa rimane tuttavia come un concetto schiettamente etico e sociale, esistente, vale a dire, anche fuor del diritto. Siamo pertanto in uno di quei campi che il diritto e la morale sovrattutto, queste due supreme norme sociali, hanno comune, e di quelli appunto in cui la morale primeggia, perchè lo dominava da sola un tempo e continua sempre a dominarlo tutto, mentre il diritto non l'ha conquistato che in parte. [1] Il nome stesso n' è indice, se pure d'un simile indice vi sarebbe bisogno. La *fides* era pel Romano

[1] Si ricordi per simili passaggi l'istituto del *fidei commissum*.

quello che per noi è l'onore e la virtù — *honor* e *virtus* hanno valore alquanto diverso, più estrinseco e materiale — e significava la più austera osservanza del proprio dovere nelle relazioni co' propri simili: e *bona fides* non è che la romana *fides* coll'aggiunta di uno de' soliti epiteti che non aggiungono propriamente nulla al concetto. Non so come e perchè il Pernice si rifiuti a riconoscere la identità concettuale posta dal Bruns tra *fides* e *bona fides;* e nemmeno mi par si possa negare, benchè il Pernice voglia farlo, che *fides* di per sè non significa mai credenza; nel linguaggio veramente romano, s'intende. Verità e menzogna sono i pensieri fondamentali che richiamano fede e perfidia, ma non credulità e incredulità. « Fides... dictorum conventorumque constantia et veritas » [1]. Se questo chiaro e costante significato della buona fede si può in tal modo perder di vista ragionando sulla parola stessa, ciò mi fa persuaso veramente che il Bruns aveva ragione asserendo che la traduzione tedesca « gute Glaube » confonde le idee. In ciò noi siamo in una condizione ben più favorevole: la nostra parola *fede*, è vero, non ha conservato a gran pezza il significato pregno della romana *fides: prestar fede* non è certo il romano *fidem praestare:* la credenza e anche la credulità hanno in molte frasi e modi di dire preso il posto della verità e dell'onore e quasi invertito la relazione cui si pensa. Ma nondimeno quel senso antico non si è smarrito tutto [2], e specialmente nelle parole affini *perfidia*, *fedele*, *infedele* dura, si può dire, inalterato. La nostra espressione *buona fede*, poi, tanto nella tradizione dei giuristi quanto nel linguaggio popolare, serba quasi l'istessa forza della *bona fides* de' giureconsulti romani.

Ora tal concetto etico non pare ch'abbia subìto alcuna trasformazione nell'essere assunto dal diritto. Nè si parla mai d'una *bona fides civilis* o di un'antitesi tra *bona fides naturalis* e *civilis*, nè

[1] Cic. *Off.* I, 7.

[2] Massime nella lingua poetica e in quella lingua letteraria che subisce di più l'influenza classica. Cfr. tuttavia anche modi comuni di dire della lingua fiorentino-italiana *stare alla fede*, *romper la fede data*, ecc.

vi si aggiunge mai nei vari rapporti giuridici, in cui la *bona fides* entrain campo, alcun requisito che n'alteri il concetto etico e popolare. E se in tutti quanti i rapporti, ne' quali il diritto assume tale elemento morale, non v'ha aggiunto nulla, non ha dato ad esso una forma diversa nè punto sua, è forza inferirne che come unico è il concetto morale così unico venga a ritrovarsi il concetto giuridico, che non è vario da quello.

Se non che, tenendo pur fermo che la *bona fides* è un concetto etico e sociale che il diritto assume senz'altro, serbandone l'essenza inalterata e quindi uguale in tutti i rapporti, certo è che ne' diversi rapporti giuridici l'onesto conportamento significato dalla *bona fides* si deve riferire a un oggetto determinato e diverso. Il dovere astratto e generale di non trar vantaggio del danno altrui deve in ciascun rapporto esplicarsi in qualche dovere concreto e particolare. Ora che cosa importa la *bona fides* nell'usucapione? Essa si riferisce alla presa di possesso della cosa e importa che in ordine a questa presa di possesso l'usucapiente siasi comportato da persona dabbene [1].

Ora anche in ordine alla presa di possesso tale onesto comportamento si può esplicare in modi vari e non sempre facilmente determinabili. Ma nella *bonae fidei possessio* in senso proprio, cioè nell'unica figura di usucapione che sopravviva nel diritto giustinianeo, esso *di regola* ha per suo presupposto che s'ignori un qualche momento di fatto, per cui l'acquisto del possesso viene sostanzialmente a ledere altrui: il quale momento, finchè la *iusta causa* dura inalterata, concerne esclusivamente la proprietà o il diritto di disporre della persona che v'abbandona o abbandona assolutamente il possesso. Posto che, infatti, col possesso si lede effettivamente il diritto di un proprietario, che non si può reputar consenziente, per essere in buona fede conviene assolutamente ignorare questa circostanza, credere anzi tutto il contrario: ignorare che l'alienante non

[1] Dove ciò non è espresso dalla *iusta causa*. Per me la *iusta causa* non ha uffizio diverso e la *bona fides* in qualunque momento non fa veramente che integrarla.

è proprietario e crederlo invece tale, crederlo mandatario e mandatario *leale* del proprietario, ignorare che non era proprietario il derelinquente, ovvero, in un ulteriore allargamento della sfera della *bona fides* a detrimento della *iusta causa*, ignorare che il proprietario apparentemente consenziente non è persona capace o non è capace da sè solo. Si può dire che in tale ipotesi il nostro dovere morale è d'ignorare il vero e quindi supporre il falso. Assenza di una giusta rappresentazione delle cose, sostituzione a quella di una erronea rappresentazione, ecco la condizione del subbietto, s'egli è in buona fede.

Ma tale condizione è uno stato psicologico del subbietto. La buona fede, concetto etico, e, dacchè il diritto l'assume, anche giuridico, implica adunque *di regola*, quanto all'usucapione, uno stato psicologico, un errore del subbietto, più che una sua determinata condotta pratica. Dire che la *bona fides* è un comportarsi da persona dabbene è definirla in generale; a voler dichiararne, potendolo fare, il contenuto specifico non si può prescindere, quanto all'usucapione, dal momento psicologico. E perchè tale è d'ordinario il sostrato della *bona fides*, i Romani usano infinite volte nelle specie singole espressioni tali: *credere*, *putare*, *existimare*, *scire*, *scientia* o *conscientia*, *ignorare*, *nescire*.

Dato ciò, stabilire, come fa il Bruns, una vera opposizione tra due concezioni o due forme della buona fede, l'una etica e l'altra psicologica, tra cui sarebbe anche data facoltà al legislatore di scegliere, mi sembra propriamente un pensiero torbido e infelice. Il Bruns intende la sua buona fede etica come una buona fede più rigida, più elevata, la psicologica come una buona fede più rilassata. Ma non sono entrambi concetti etici? e che cosa è mai questa opposizione se non tra due stati o gradi di un concetto etico, l'uno più rigoroso, l'altro più blando? Forsechè il sostrato psicologico sparisce nel preteso *punto di vista etico*, che non è se non il più alto, il più rigido punto di vista etico? Tutt'altro: anche in questo si

dovrà ben ammettere una credenza, un errore nella mente del subbietto: anzi, naturalmente, la credenza è più sicura, l'errore più saldo; avremo un più elevato grado di convinzione, perchè appunto dee corrispondere a un grado etico più elevato. Si può fare adunque, almeno in astratto, la distinzione di grado che vuole il Bruns; ma i *termini* usati da lui per significarla sono assolutamente infelici e pericolosi nel ragionamento. Entrambi i gradi sono etici: entrambi sono determinati di regola da uno stato psicologico rispondente allo stesso grado.

Pure è sulla base di questo equivoco di termini che il Bruns ragiona per dimostrare che i Romani han conosciuto e accolto la sua buona fede etica. *Fides* è un concetto etico: la *bona fides* è opposta al *dolus*, concetto etico anch'esso. Poichè non si nega che la buona fede sia, in qualunque modo, un concetto etico, tali argomenti cadono da sè: a mostrare colla stessa misura romana — se pure c'è bisogno di ricorrere ai Romani — che nell'usucapione il concetto etico ha base psicologica, basta ricordare che nelle singole specie l'essere o il non essere in buona fede quanto all'usucapione si esprime quasi costantemente con ignorare o sapere, credere o dubitare.

Ma veramente il Bruns reca a sostegno della sua tesi anche specie singole, in cui, per suo avviso, la buona fede non può significar credenza, perchè il compratore acquista realmente dal proprietario o da persona autorizzata e nondimeno è in mala fede. Sono la L. 7 § 6 D. *Pro empt.* 41, 4, la L. 1 Cod. *Si vend. pign.* 8, 29 (30); L. 3, 4 ibid; Fr. Vat. 1; L. 5 § 2, 5 D. *De auct. et cons. tut.* 26, 8.

Ora nel primo testo Giuliano fa il caso di un mandatario che vende per trenta ciò che avrebbe potuto vendere per cento, e precisamente per far dispetto e danno al suo principale « in hoc solum ut te damno adficeret »; ebbene, soggiunge, se il compratore lo *ignora*, egli usucapisce, non v'ha dubbio: « *ignorante emptore*, dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat;

nam et cum sciens alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio ». Il contrario avviene se il compratore ha colluso invece col mandatario per comperare a basso prezzo. « Quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit quo vilius mercaretur non intelligetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet; et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram ».

Le leggi del Codice trattano di un creditore pignoratizio che ha venduto il fondo pignorato « dolo malo » (L. 1) o « contra bonam fidem » (L. 4), o ha venduto per soli venti aurei degli schiavi che valevano ben più allo scopo di favorire in modo illecito il compratore « per gratiam » (L. 3), e si dice che il debitore può ripetere i danni interessi dal creditore pignoratizio, e laddove questi non sia solvibile, ridomandar la cosa al compratore, restituendo però il prezzo (L. 3: iubebit (praeses) emptores recepto pretio restituere servos). Non solo non si fa motto di usucapione, ma nemmeno si discute circa la buona fede del compratore, salvo nella L. 4, in cui si aggiunge che è tenuto per i danni anch'esso, se ha partecipato alla frode « si fraudem eum participasse cum creditore potueris docere ».

Il Fr. Vat. 1 è un celebre frammento, che ci offre la questione agitantesi tra gli antichi giureconsulti sulla compera di *res mancipi* dalla donna conchiusa scientemente senza l'*auctoritas* del tutore o coll'*auctoritas* di un falso tutore. I *veteres* non la giudicavano una compera di buona fede; e così ritennero anche Sabino e Cassio: Labeone dichiarò che il compratore possedeva *pro possessore*; Proculo e Celso ammisero il possesso *pro emptore*, ma non della cosa, bensì della *possessio* che la donna poteva alienare senza l'*auctoritas* del tutore: l'effetto pratico era di permettere al compratore l'acquisto de' frutti. Finalmente Giuliano, in base a una *constitutio Rutiliana*, riconobbe l'usucapione, se il compratore avesse pagato il prezzo, con questo però che la donna poteva sempre interrompere l'usucapione, offrendo la restituzione del prezzo.

Finalmente nella L. 5 § 2; 5 *De auct. et cons. tut.* si dice semplicemente che il tutore, comperando cosa del pupillo da un contutore o dal creditore pignoratizio deve comperare in buona fede.

Ma in tutte coteste ipotesi non ci allontaniamo nemmeno dal presupposto normale dell'usucapione. Il compratore *non crede* già che il mandatario abbia mandato di tradire il suo principale e lasciarsi corrompere, che il *ius distrahendi* del creditore pignoratizio si estenda sino a vendere « dolo malo », a vendere prima della scadenza o favorire illecitamente alcuno, *non crede* già che la donna (nel diritto antico) o il pupillo possano alienare senza l'*auctoritas* del tutore o che un tutore falso possa rendere indifferentemente lo stesso servizio. Egli vede e sa che tali persone non dispongono della cosa a quel modo che la legge civile e le leggi sociali, imperanti anch'esse largamente in simili rapporti, fanno loro un dovere; e questa sua *scienza* lo costituisce appunto in mala fede. Così le fonti si esprimono, rilevando anche o lasciando presumere naturalmente che in caso d'*ignoranza*, il compratore è in buona fede.

Senza dubbio in alcuna di queste ipotesi — ed è ciò che forse ha traviato il Bruns — presupposto della *bona fides*, oltre allo stato psicologico, può essere anche un certo contegno esteriore, una certa assenza d'immoralità in atti. Il compratore non deve cercar di corrompere il mandatario, per aver la cosa a più basso prezzo; non deve ingraziarsi dolosamente il creditore pignoratizio, per indurlo a dargli quasi in regalo il pegno, nell'alienazione del quale il creditore funge in sostanza da procuratore anch'egli; il tutore non deve mettersi d'accordo col suo contutore o col creditore pignoratizio, ai danni del pupillo. Finalmente quando l'affievolirsi della tutela muliebre rese anche possibile che, in seguito al pagamento del prezzo, l'usucapione corresse anche per la cosa comperata scientemente dalla donna *sine tutoris auctoritate*, il compratore non dovrà mai, durante il periodo dell'usucapione, fare in guisa da sottrarsi alla eventuale restitu-

zione del prezzo da parte della donna; in questo caso anzi la buona fede consisterà in un contegno esteriore, che si dovrà serbare per tutto il decorso dell'usucapione. Ma anche tutto ciò, che cosa vale? Non si nega già che presupposto della *bona fides* possa essere anche un dato contegno in atti; anzi, gli era in questo senso che nel diritto classico l'*in bonis* poteva costituire una *possessio bonae fidei*. Questo solo si vuole asserire che la *bona fides* non può fare a meno d'un presupposto qualsiasi, in atto o in pensieri: e che, anche, il presupposto normale, quello che spicca e quindi si ricorda di più, quello per cui la *possessio bonae fidei* si restrinse già nel diritto classico a significar più propriamente l'acquisto *non a domino*, è un anormale stato psicologico, un errore.

Anche altri testi reca il Bruns, in cui, per contrario, *si sa* di acquistare dal non proprietario e nondimeno si è in buona fede. Sono la L. 28 D. *De nox. act.* 9, 4 e la L. 5 pr. D. *Pro der.* 40, 7. Ma anche questi due celebri frammenti non esprimono se non ipotesi in cui il presupposto della *bona fides* non è l'errore, ma il contegno leale esteriormente del possessore. Ci avviciniamo all'ipotesi del Fr. Vat. 1; difatti anche ne' frammenti in questione tal contegno si dovrà serbare per tutto il decorso dell'usucapione; se il vero proprietario offre la *litis aestimatio* a colui che ha ricevuto scientemente la *noxae deditio* da chi era soltanto possessore di buona fede, se il marito donante offre la restituzione del prezzo e colui che ha comperato dalla moglie donataria, il compratore non può sottrarsi a ricevere e l'usucapione cessa. Ciò non è espresso veramente per la ipotesi della L. 5 D. *Pro der.*, ma a me par certo che si debba sottintendere.

Mutate le parti, lo stesso ragionamento si può ripetere contro la prevalenza dell'elemento psicologico sull'etico ammessa dal Pernice. Tra i due momenti ci potrà essere un rapporto di equilibrio, non mai di prevalenza, e comunque cresca l'uno anche l'altro ne sarà esaltato. Non so poi come il Pernice stesso concili nel suo pen-

siero tale asserta prevalenza dell'elemento psicologico coll'altra sua giustissima asserzione che non è la scienza la quale impedisce gli effetti giuridici, bensì l'immoralità insita in essa.

E, in concreto, di quali argomenti fa uso il Pernice per dimostrare che gli antichi giureconsulti davano un maggior peso all'elemento psicologico? Di fronte allo stato reale delle cose, egli osserva, l'elemento subbiettivo resta nell'ombra. Il Pernice si riferisce a quei casi in cui nonostante la stima che s'ha d'un vizio, l'usucapione corre, perchè tale credenza è falsa: *falsa existimatio non nocet; plus est in re* ecc. Ma che vuol dir ciò? Dove non è lesione reale, nè all'etica nè alla psicologia si guarda: se non si considera la mala fede di pura immaginazione gli è perchè la *bona fides* deve sostituire elementi manchevoli nella *iusta causa* [1]. Pomponio che ha riguardo anco alla *falsa existimatio* di vizî inesistenti [2] non è che per il primo esalti l'elemento subbiettivo o etico sopra l'elemento psicologico; forsechè l'elemento psicologico non è subbiettivo anch'esso? Pomponio concede all'uno e all'altro, alla buona fede insomma, una sfera più larga, ne accresce l'ambito: il che corrisponde all'esaurimento della *iusta causa*, cui propendeva lo stesso giureconsulto.

Ma la *bona fides* è definita o spiegata infinite volte come ignoranza o errore! È fors'altro, di regola, il presupposto della *bona fides?* E qual meraviglia che la s'indichi dallo stato, dal momento specifico ch'essa presuppone? Ma l'errore del subbietto ingenera uno stato etico di esso. E anche là dove l'etica sembra esulare, dove la buona fede pare un concetto strano a noi moderni, cioè nel *bona fide servire*, dobbiamo riportarci alle condizioni peculiari della società romana. Schiavi simulati, persone libere che si lasciano ven-

[1] Che non è un negozio d'acquisto precedente, come ritiene anco il Pernice (II, pag. 181), ma un rapporto coll'antico possessore ch'esprime o dovrebbe esprimere l'assenza di lesione altrui. Non v'ha forse che il legato tra i titoli dell'usucapione, che potrebb'essere insieme anche modo d'acquisto. Ma ciò non importa, perchè a questo aspetto non si guarda: per me la *iusta causa* più netta e spiccata è quella che confonde tutte le altre teorie: la *derelictio*.

[2] Nella L. 32 § 1 D. *De us.* 41, 3.

dere dolosamente e son d'accordo col venditore non erano spettacolo raro, se si dovette ovviare a simili turpitudini con gravi misure legislative.

L'immoralità non è mai fatta risaltare come l'elemento essenziale! Ma che cos'altro significa *bona fides?* che cos'altro significa *dolus*, la schietta antitesi sua? L'immoralità è insita nel concetto generico della *bona fides*, il cui contenuto specifico nell'usucapione è normalmente l'errore; e dove è più ferma credenza, errore meno evitabile, ivi è anche maggior moralità e maggiore onestà.

7. E veniamo alla seconda questione: qual è il grado della buona fede? si dee concepire positivamente ovvero negativamente come mera assenza di mala fede? Io mi richiamo anche su questo punto al pensiero fondamentale: la buona fede è un momento offerto dall'etica sociale e non alterato dal diritto che l'assume. Essa è quindi la buona fede normale, umana, misurata alla pratica giornaliera della vita, al senso morale della società e rimessa di volta in volta all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo sentimento. Ora nella società romana come nella nostra essa non significa se non la mera assenza di dolo o mala fede; dunque, la falsa credenza, che n'è il sostrato, dev'esser una credenza media e tale che di regola può bastar la mera ignoranza. È questa l'opinione più blanda e ritenuta dai più; salvo che, per non aver sempre chiaro innanzi il pensiero fondamentale, è intesa con qualche incertezza, che io mi proverò di dissipare.

L'opinione più assoluta è rappresentata principalmente dal Bruns. Tutta la sua battaglia sulla buona fede etica e la buona fede psicologica, tutto lo sforzo per dimostrare che il concetto romano è la buona fede etica, tende appunto a stabilire che i Romani esigono il più alto grado della buona fede, la convinzione più assoluta. Ma poichè, come si vede, l'antitesi posta dal Bruns cela un equivoco essenziale di termini, dato che la buona fede sia un concetto etico — che non può esser altro — non ne segue che sia un concetto etico

rigorosissimo e misurato a una stregua superiore alla normale. Laonde io m'occuperò solo di alcuni argomenti, che sono piuttosto argomenti a favore della nostra tesi [1].

Il Bruns vuol giovarsi pel suo asserto anche della *bona fides* contrattuale e reca una serie di testi a dimostrare che la *bona fides* è il contrapposto naturale del *dolus*. Ora io non so che cosa trattenesse il Wächter e trattenga ora il Pernice dall'ammetter l'identità generale della *bona fides* in tutti i rapporti. Forse il Wächter era troppo preoccupato dalle differenze specifiche derivanti dalla diversa applicazione del concetto e non ebbe freddezza sufficiente per riflettere che questa natura non solo si doveva ammettere, ma doveva naturalmente riuscire contro la tesi del Bruns. Non si nega che la buona fede sia un concetto etico: si tratta di provare ch'è un concetto etico rigorosissimo: ora appunto perchè la *bona fides* è posta sempre in antitesi al *dolus*, tutti i testi citati dal Bruns provano addirittura il contrario. Alcuni poi sono vivamente caratteristici: perchè se vi si parla di *negligentia* o *culpa*, il contrapposto è *diligentia*, non mai *bona fides;* anzi, e ciò val come controprova, si dichiara più volte che si deve *più* della *bona fides* o che non si deve *niente più di essa* [2]. E se in un celebre frammento di Celso [3] si parla di *fides* (« nec enim *salva fide* minorem quam in suis

[1] Lascio da parte l'argomento generale che il Bruns vorrebbe trarre dalla tendenza del diritto romano a restringere più che a facilitare l'usucapione. Veramente per tale tendenza il Bruns fa richiamo a Giustiniano: il che (sia detto con tutta la reverenza dovuta alla mente e alla memoria del Bruns) si chiamerebbe svegliarsi un po' tardi. Io riconosco nondimeno un tale spirito nell'ultima giurisprudenza; ma esso non ha condotto a immaginare una buona fede diversa da quello ch'ell'è nella vita sociale.

[2] Cf. Proculus L. 68, pr. D. *De contr. empt.* 18, 1: "existimo te in exigendo *non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere,* id est non solum ut a te *dolus malus absit, sed etiam ut culpa* „. Paul. L. 4 D. *De eo qui pro tut.* 27, 5 " eandem *fidem et diligentiam* praestat (il protutore), quam tutor praestaret „. Pauli *Sent.*, I, 4, 1: "*et bonam fidem et exactam diligentiam*... praestare debet (il *negotiorum gestor*) „. Ulp., L. 10 pr. D. *Mand.* 17, 1: « *nihil — amplius quam bonam fidem* praestare oportet eum qui procurat „.

[3] L. 32 D. *Dep.* 16, 3.

rebus ecc. ») in contrapposto a un caso di *culpa lata*—la cosidetta colpa in concreto — gli è appunto perchè in quel testo s'osserva e si dichiara principio verissimo « latiorem culpam dolum esse ».

Due soli testi veramente parrebbero dover dare un poco di pensiero per la tesi qui sostenuta. Sono: la L. 8 D. *Pro empt.* 41, 4 di Giuliano e la L. 32 § 1 D. *De us.* 41, 3 di Pomponio.

Nel primo Giuliano fa il caso di alcuno che comperi degli schiavi da un tale, di cui sa che dissiperà subito il denaro « cum *sciret* venditorem pecuniam statim consumpturum ». È un compratore di buona fede? Malgrado quella circostanza, a lui non ignota, si riteneva comunemente di sì, ed è questa, dice Giuliano, l'opinione più giusta. *Quomodo enim mala fide emisse videtur qui a domino emit?* Ma soggiunge subito: *nisi forte et is qui a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam servos emit non usucapiet.*

Certo qui la discussione è tutta sul valore etico dell'atto; ma appunto perciò non ha che fare col *grado* della buona fede e della credenza che n'è il sostrato, bensì coll'*ambito* della buona fede istessa. Non si tratta di stabilire fino a qual segno corra il debito di ricercare e di sapere; il punto in questione è se *ciò che si sa* esclude la buona fede. E si suppone che il compratore sappia benissimo che l'altro, da cui acquista, dissiperà tosto il danaro o ne farà dono a una bagascia: s'egli ne potesse aver soltanto un qualche vago sospetto, perchè lo stimi un po' scialacquatore e donnaiolo, non sarebbe in mala fede. Il punto in questione è adunque un altro: si dee reputare che non compia una lesione, che non tragga vantaggio del danno altrui chi contrae da un uomo in condizioni di spirito così anormali — si sa quale stima e anche qual posizione giuridica era fatta ai prodighi in diritto romano —, si dee reputare che non offenda la morale sociale, i *boni mores*, chi porge aiuto scientemente a una immoralità?

Nell'altro testo Pomponio fa il caso d'alcuno che creda falsamente che la legge gli vieti d'usucapire e decide che realmente

l'usucapione non corre a suo favore. Su questo frammento, assai celebre e vessato, torneremo a proposito dell'influenza dell'errore. Per ora esso c'interessa per uno de' motivi alternativamente dati alla soluzione « *vel quia non bona fide videatur possidere.* » L'opinione di Pomponio è isolata nelle fonti: di regola la falsa credenza d'un vizio inesistente non nuoce nè per l'usucapione nè per l'acquisto immediato, l'*existimatio* cede alla *substantia.* Nondimeno Pomponio anche altrove concede una simile efficacia all'elemento subbiettivo, sia pure in contraddizione colla realtà. Ma significa ciò che n'esalti il grado? Egli non fa che allargarne la sfera e il dominio, richiedendola anche là dove lesione reale non si commette. Senza dubbio ciò cresce d'assai l'importanza della buona fede e indica una evoluzione — in questo aspetto eccessiva — corrispondente a una involuzione della *iusta causa*; senza dubbio ciò ne renderà pure l'ammissione più difficile e l'indagine più delicata: ma l'essenza e la misura di essa non ne son tocche affatto.

Infine contro l'opinione del Bruns sono pure i testi, che esamineremo più sotto, in cui la *bona fides* è riconosciuta, nonostante che s'incorra in errori abbastanza inescusabili, e persino nell'errore inescusabile tipico, l'errore di dritto.

È chiaro a quali conseguenze conduca questa dottrina dal lato pratico, cioè rispetto ai dubbi che il possessore può nudrire circa il proprio diritto. Io esprimerei questa influenza con una formula leggermente diversa da quella del Windscheid e del Wächter e che può anche parere una curiosa *petitio principii:* il dubbio per nuocere dev'esser tale da escludere nella coscienza comune la buona fede. Insomma siamo sempre lì: misura è la coscienza comune, interprete il giudice. Nè credo che a questa semplice risposta si possa fare il rimprovero che il Pernice muove al Windscheid e al Wächter che all'arbitrio giudiziale viene imposto un peso ch'esso non potrà facilmente sostenere. Oh, se si chiami un Chinese a giudicare in Italia o si risusciti un caldeo, può essere; ma giudicare

nella società in cui vive, alla stregua di sentimenti sociali ch'egli stesso partecipa, è la cosa più semplice pel magistrato. Ciò che può essere delicato e difficile è rilevar le circostanze di fatto donde il dubbio può nascere; ma è questo un peso - e al Pernice non isfugge - che incombe più all'altra parte che al magistrato. A ogni modo, grave o leggero che sia tal peso a sopportare, la legge l'ha imposto al magistrato, assumendo la *bona fides* nel diritto, nè alcuno glie lo può tôrre. Potrà errare: ma che vuol dir ciò? Chi ha mai preteso un giudice infallibile? Ma si può esser, ripeto, sicuri che il giudice sarà in fondo meno fallibile nel decidere della *bona* o *mala fides* che non dell'esistenza di tanti altri fatti giuridici.

8. Alla questione ora trattata sulla concezione positiva o negativa e sul grado della buona fede si suol ricollegare anche l'altra del suo rapporto coll'errore, cioè colla scusabilità di esso. Io credo che il vedere una tal colleganza sia un'illusione, non rara in queste materie sottili, e per me non l'ammetto: perchè, qualunque opinione si accettasse circa il grado della *bona fides*, a me non pare che logicamente la scusabilità o inescusabilità dell'errore debba avere su di essa alcuna influenza: dato sempre - tutto si richiama a quel pensiero fondamentale - che la buona fede è un fatto sociale ed etico *non alterato dal diritto*. Che cosa è infatti della *bona fides* (e sia pure il grado più alto e squisito di buona fede, il sentimento più saldo del proprio diritto), quando essa abbia per base un errore inescusabile, un errore di diritto, ad esempio? Si dirà forse che quell'assoluta convinzione non si può ammettere in caso di errore inescusabile, che la buona fede, insomma, non esiste? Ma allora si confonde la scusabilità dell'errore colla probabilità della sua esistenza: due cose che procedono, è vero, di pari passo in generale, ma che a ogni modo sono due cose e niente vieta che alle volte si separino. Ovvero si dirà che la buona fede diventa mala fede in quanto è trattata come tale, se l'errore su cui si fonda è inescusabile? Diventa, per chi? Per il diritto. Ma allora il diritto ha una buona fede con pre-

supposti suoi speciali, la buona fede giuridica non è identica alla buona fede etica.

Come si vede, io sono in generale dell'opinione del Wächter: l'errore ch'è presupposto della buona fede è un errore improprio, segno di riconoscimento che la volontà (nel caso, la volontà di ledere altrui) non esiste e quindi le conseguenze non derivano dall'errore, ma dall'assenza di volontà. E niente mostra meglio l'inanità dell'opinione avversaria come la confusione in cui s'aggira il suo più illustre e gagliardo fautore, il Bruns, nella critica che egli muove su questo punto al Wächter. Abbiamo visto ch'egli obbietta al Wächter come la sua distinzione (errore ch'è motivo determinante ed errore ch'è segno di riconoscimento) non si riscontri con quella del Savigny tra errore proprio e improprio. Ma per qual motivo? Il Bruns non lo dice: egli non fa che porla a riscontro con quella del Savigny, spiegando che questa significa errore in un fatto per sè efficace ed errore in un fatto già inefficace [1]. Sembra ch'egli sia stato indotto ad asserire una tal divergenza puramente da una visione assai torbida e da una falsa analisi dei concetti e dei rapporti: alla quale è proprio peccato che una mente come il Bruns siasi fermata. Ciò rilevo dalla critica ch'egli fa alla distinzione del Wächter, indipendentemente dalla sua pretesa discordanza con Savigny, di cui l'accusa: « I concetti, motivo determinante e segno di riconoscimento, non costituiscono alcuna antitesi recisa e nella maggior parte degli atti possono essere adoperati l'uno accanto all'altro. Se, ad esempio, il compratore erroneamente crede il venditore proprietario della cosa, cotesto errore è per lui motivo determinante, in quanto senza tale errore non avrebbe comperato da quel venditore, ma è segno di riconoscimento, in quanto per esso è chiaro ch'egli non ha voluto commettere alcuna ingiustizia » [2]. Ora tale critica è veramente meravigliosa e presta essa stessa l'arme a ribatterla. Non

[1] Bruns, *Bona fides*, pag. 72-73.
[2] Bruns, l. c.

v'ha niente di strano che un errore sia motivo determinante e segno di riconoscimento insieme, *quando si riferisca a due diversi momenti di un fatto*, che sono pel diritto come due diversi fatti giuridici. Nell'esempio addotto dal Bruns l'errore è, precisamente, errore nel motivo determinante rispetto al negozio giuridico, che s'è voluto e concluso, ed altrimenti non si sarebbe per avventura voluto e concluso; è segno di riconoscimento rispetto all'atto illecito, che non s'è voluto e quindi non s'è commesso. La *volontà di compiere il negozio giuridico c'è stata* e, poichè non fa difetto alcun altro requisito, c'è stato il negozio: l'errore è nel motivo ed è l'errore proprio del Savigny. La *volontà di compiere una illecita appropriazione non c'è stata* e quindi non c'è l'atto illecito, la *mala fides*, il dolo, dal momento che manca un requisito essenziale: nè lo Stato potrebbe ammettere le conseguenze degli atti illeciti, a meno che la legge non cancelli dagli atti illeciti in genere o da alcuni il requisito della volontà. Non è questo l'errore in fatti inefficaci di per sè, invalidi per difetto di volontà, non è l'errore improprio del Savigny?

La critica adunque che il Bruns muove al Wächter, oltre all'essere falsa in sè e frutto d'una confusione, dovrebbe esser mossa anche contro il Savigny; appunto perchè veramente il Wächter non ha fatto che assumere di peso la teoria del Savigny, mutandone i termini. Anzi nemmeno i termini; perchè son di conio savigniano anch'essi e ricavati appunto dalle definizioni che dà il Savigny dell'uno e dell'altro errore. Errore proprio, dice il Savigny è « l'errore nel motivo determinante della dichiarazione di volontà »; [1] errore improprio « l'errore da cui riconosciamo che la volontà che dovrebbesi desumere dalla dichiarazione in realtà non esiste ». [2] E finalmente anch'egli, come il Wächter, dichiara che la *bona fides* è un fatto, alla cui esistenza la scusabilità o inescusabilità dell'errore è indifferente, appunto perchè trattasi di errore improprio [3].

[1] Savigny, *System*, fr. III, fr. 112 (trad. it., Scialoja, pag. 138).
[2] Savigny, *System*, III, p. 264 (trad. it., Scialoja, pag. 352).
[3] Savigny, *ibid.* App. VIII, n. XV e n. XXII.

Straordinaria è poi l'accusa, che, dopo una siffatta critica, muove il Bruns alla teoria del Wächter. Dopo aver dichiarato che i due modi di considerar l'errore debbono condurre a opposti risultati (e s'è visto se son due modi di considerare l'errore e se il Savigny e il Wächter giungono a opposti risultati!) soggiunge: « Una cosa viene in acconcio di notare a questo punto, come sia inammissibile da concetti così astrattamente costruiti, come quelli dell'errore proprio e improprio, ricavare per via di deduzione *a priori* il contenuto di un concetto così positivo come quello della *bona fides*. Un ragionamento qual è quello del Wächter: « si deve pertanto riconoscere ch'egli voleva cosa conforme a giustizia, ch'egli credeva d'esser nel suo diritto, che adunque esiste il fatto della *bona fides*, » è una mera *petitio principii*, la quale presuppone come stabilito il concetto nella *bona fides* ch'è a dimostrare [1]. »

Dedurre dai concetti relativi all'errore il concetto della *bona fides?* Chi può aver sognato questo? Per aver un senso quelle strane parole si dovrebbero intendere « dedurre dai concetti relativi allo errore, dalla dottrina dell'errore, in una parola, l'applicazione che alla *bona fides* debbono avere i principii circa la scusabilità o inescusabilità di esso. » Ma allora che cosa di più ragionevole e di più logico? Si vede però che il Bruns è preoccupato dell'idea che il requisito della scusabilità dell'errore sia inerente al concetto della *bona fides* (il quale non si sa perchè deve esser di tanto più positivo che quello dell'errore) e altrimenti non si possa aver *bona fides;* e in tal caso non è punto il Wächter, ma lo stesso Bruns che s'aggira inconsapevole in una *petitio principii*. Il Wächter ha ben dimostrato, prima di concludere per l'indifferenza dei principii circa la scusabilità, che la *bona fides* ha per base un errore improprio, un errore ch'è segno di riconoscimento: il Bruns non si cura di provare che trattasi, al contrario, di errore proprio, che quindi quei

[1] Bruns, *Bona fides*, p. 73-74.

principii v'hanno applicazione: ha detto semplicemente, con quanta ragione s'è visto, che la teoria del Wächter è falsa e non coincide con quella del Savigny e, abbandonate quindi le pericolose astrazioni dell'errore, dalle quali per suo avviso, non si può concluder nulla, applica la scusabilità dell'errore alla *bona fides*. Ahimè! costruire sulla base di concetti astratti è pericoloso, ma edificare sul nulla e dal nulla Dio solo lo può.

Concludendo, ripetiamo: se il diritto romano non ha costruito una buona fede giuridica o civile, non può essere logicamente in niun modo che l'errore inescusabile annienti la buona fede. Ora io ho tentato dimostrare in generale che il diritto romano non ha fatto che assumere la *bona fides* etica e sociale, senza alterarne punto il carattere e i presupposti; ed ho riprovato questa tesi in ciascuna delle questioni positive precedentemente trattate. L'ultima riprova ne sarà precisamente fornita dalla trattazione dell'ultima questione. Passiamo con ciò a dimostrare come i romani stessi abbiano riconosciuto codesto niun rapporto della *bona fides* coi principii della scusabilità o inescusabilità dell'errore.

Non abbiamo testi circa la *bona fides* ne' rapporti contrattuali; e non credo che nessuno abbia mai pensato ad escluderla in caso d'ignoranza inescusabile. L'ignoranza del diritto potrà essere una gravissima colpa, ma un fatto doloso non lo crederei. Certo, a ogni modo, il silenzio dalle fonti sarebbe strano assai qualora i principii circa la scusabilità o inescusabilità dell'errore si dovessero applicare alla *bona fides* e al *dolus*.

Ma n'abbiamo di testi in riguardo ad alcuni altri rapporti ancor più analoghi al rapporto del possessore *ad usucapionem*. Anzitutto i seguenti sul furto: Gaio II, 50; § 4, 5, I. *De us.* II, 6; L. 36 § 1, D. *De us.* 41, 3; i quali si possono in sostanza riguardare come un solo, perchè il testo delle Istituzioni di Giustiniano è ricalcato su Gaio e il testo delle Pandette è tratto dalle *Res cottidianae* dello stesso Gaio. Si fa il caso di un usufruttuario, che aliena il parto della

schiava « credens suum esse; » errore inescusabile, tipico, error di dritto: cionondimeno l'usufruttuario non commette furto, perchè non c'è *mala fides* in lui.

Più interessante, perchè la questione vi è trattata *ex professo* e perchè il rapporto è precisamente la *bonae fidei* o *malae fidei possessio*, soltanto per altri suoi effetti, è il testo relativo alla *hereditatis petitio*, la L. 25 § 6 D. *De her. pet.* 5, 3 di Ulpiano.

« Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat; vel cum alius praecederet adgnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, *quamvis in iure erret.* »

Per liberarsi da questi testi il Bruns trascorre ad ammettere un diverso concetto della *bona fides* non solo rispetto al furto, ma anche rispetto alla *petitio hereditatis:* lui che ha richiamato a uno stesso concetto, e giustamente, la *bona fides* in tutti i rapporti giuridici. Nè basta: poichè nel § 4 delle Istituzioni, Giustiniano ha aggiunto al testo di Gaio l'inciso « bona fide tamquam suam alienaverit » egli vorrebbe non estendere quel « *bona fide* » così aperto alla vendita del parto compiuta dall'usufruttuario, ma limitare l'inciso alla prima ipotesi, la vendita di cosa commodata o locata fatta dall'erede.

In materia d'usucapione noi non abbiamo alcun testo relativamente all'influenza della scusabilità dell'errore nella *bona fides* in sè. Abbiamo però effettivamente una serie di testi — e da questi nasce poi tutta la disputa — i quali non riconoscono l'usucapione in caso di errore inescusabile, di errore di diritto. Sono i seguenti:

L. 4 D. *De iuris et f. ign.* 22. 6 Pomponius l. III *ad Sab.* Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse; facti vero ignorantiam prodesse constat.

L. 31 pr. D. *De us. et usuc.* 41, 3 Paulus (o meglio Pomponius) l. XXXII *ad Sab.* Nunquam in usucapionibus iuris error possi-

denti prodest: et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum (*Mo.* factus sit post tempus venditione peracta), usucapi non posse, quia iuris error est.

L. 32 § 1 *ibid.* Pomponius l. XXXII *ad Sab.* Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel qui in iure erranti non procedat usucapio.

L. 2 § 15, D. *Pro emptore* 41, 4. Paulus l. LIV *ad Ed.* Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione (*Cuiacius* plus quam in re sit etc.): quodsi scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

Ai testi citati si suol anche aggiungere la L. 44 § 4 D. *De us.* 41, 3 di Papiniano, la L. 11 D. *Pro empt.* 41, 4 di Africano e la L. 5 D. *Pro suo* 41, 10 di Nerazio, nelle quali si parla di una *non levis praesumptio*, di una *iusta causa erroris* o d'un *probabilis error*.

Io non credo tuttavia che nemmeno di fronte a queste leggi si debba accettare un concetto tutto civile della *bona fides* quanto all'usucapione, ovvero disperar d'intendere il pensiero dei giureconsulti romani circa la relazione dell'errore colla *bona fides*, come fa il Pernice, il quale giunge su questo punto a un risultato meramente negativo. Io credo che non si debba esitare a scioglier la questione come il nodo gordiano: avvertendo che sul terreno ideologico un tal modo di risolver le questioni non è per sè stesso da respingere, giacchè sovente il nodo si vede dove non c'è. La scusabilità dell'errore ha influenza sull'usucapione, non sulla *bona fides*: essa costituisce un requisito indipendente della usucapione, il quale allora s'aggiunge alla *bona fides* — sempre però senza alterarne l'essenza e condizionarne, dirò così, l'esistenza giuridica —

quando la *bona fides* sostituisce la *iusta causa*, vale a dire nel così detto titolo putativo. A differenza del Wächter io ritengo l'invasione progressiva di quelle ombre di *iusta causa*, che vanno sotto il nome generico di titolo putativo, come una vera sostituzione progressiva della *bona fides* alla *iusta causa:* è la stessa *bona fides* che è applicata sempre più largamente a integrare la *iusta causa*[1] e tende a esaurirla del tutto e usurparne il posto. E sebbene tale divergenza sembri assai lieve e praticamente nulla, pure essa ha tale importanza dommatica che mi offre per la dimostrazione dell'assunto un terreno amplissimo e solido, che il Wächter non ebbe.

Per vero a me sembra che una dimostrazione decisiva di tale asserto si ricavi sin dall'esame attento dei testi riferiti. Già nel primo di essi, L. 4 *De iuris et f.* di Pomponio, la scusabilità o inescusabilità è posta in diretto rapporto coll'usucapione, non colla *bona fides*. Nel secondo, la L. 31 *De us.*, lo stesso Pomponio, com'è a credere[2], ripete pure lo stesso principio sempre in rapporto all'usucapione e l'esempio che adduce è di un titolo putativo, l'acquisto da un pupillo, in cui l'intervento della *tutoris auctoritas* non è stato regolare, per error di diritto. Ancor più evidente per questo aspetto è l'altro frammento, così vessato, di Pomponio, la L. 32 § 1 *De usurp.*: questo giureconsulto, negando l'usucapione a chi, sia pure erroneamente, crede che la legge non gli permetta di usucapire, ne assegna due ragioni a scelta: o perchè costui non si può riguardare come un possessore di buona fede o pel motivo che l'error di diritto è d'ostacolo alla usucapione. E dovrebbe esser chiaro non solo che l'inescusabilità è di nuovo messa in rapporto esclusivamente coll'usucapione, ma che nella seconda soluzione alternativa è sottinteso precisamente: « quamvis bona fide videatur possidere ».

[1] Per me *in qualunque momento* la *bona fides* non ha che ufficio integrativo rispetto alla *iusta causa usucapionis*, poichè ritengo che questa non significhi punto il negozio d'acquisto.

[2] È una ipotesi dello Schulting fondata specialmente sull'iscrizione. L'accoglie anche il Lenel nella sua Palingenesi.

Evidentissimo infine mi sembra nella L. 2 § 15, *Pro empt.* di Paolo il parallelismo dell'*error facti* e dell'*error iuris* in ordine alla compra conchiusa con un pupillo. In entrambe le ipotesi fatte da Paolo il compratore ignora il vizio della *iusta causa*: nella prima *crede* che il pupillo sia pubere, nella seconda *crede* che i pupilli abbian facoltà d'amministrar le cose proprie senza l'*auctoritas* del tutore. Innegabilmente il giureconsulto ammette nell'un caso come nell'altro la *bona fides* del compratore: soltanto nel primo caso questi usucapisce, nel secondo no « quia iuris error nulli prodest ». Gli è questo semplicemente il motivo della decisione. D'una assurda esclusione della *bona fides* non si fa parola: ed anche qui, notisi, il caso fatto è sempre di un titolo putativo.

E per quest'ultimo riguardo, anche dove non si fanno casi speciali, come nella L. 4 *de iuris et f. ign.* e nella L. 32 § 1 *de us.* è da ammettere che s'intenda riferirsi al titolo putativo: chi parla è Pomponio, un giureconsulto che seguendo le orme di Nerazio, mostrasi fautore del titolo putativo [1]. E aggiungasi pure che la *iusta causa erroris* o il *probabilis error* sono espressioni usate nei testi di Nerazio e Africano, in cui si riconosce nella più larga misura il titolo putativo, e la non *levis praesumptio* torna in un caso in cui l'ammette Papiniano [2].

[1] Cfr. L. 3; L. 4 § 2 D. *Pro suo* 41, 10; L. 3 D. *Pro her.* 41, 52. Non contraddicono all'asserto la L. 4 D. *Pro don.* 41, 6 e la L. 29 D. *De us.* 41, 3 dello stesso Pomponio. L'usucapione ivi è negata, perchè una *iusta causa* sufficiente non v'è neppure nell'immaginazione del subbietto, o se v'è, ciò accade appunto per effetto di un errore inescusabile tipico, l'*error iuris*.

[2] Io sarei tentato pure di aggiungere in prova del mio asserto anche i passi delle *Istituzioni* e delle *Res cottidianae* di Gaio già citati: Gaio conclude che l'usufruttuario commetta furto, vendendo il parto della schiava, e quindi il compratore può usucapire: egli però non può usucapire. Ora ciò si spiega facilmente con dire che a lui manca lo *iusta causa usucapionis*; il possessore non ha che la mera *bona fides*. Ma Gaio mi pare che appartenga alla schiera dei giureconsulti molto remissivi in fatto di *iusta causa usucapionis*: nelle sue Istituzioni egli non ne parla, mentre insiste costantemente sulla *bona fides*, e Giustiniano è stato costretto, ricalcando Gaio, tanto a inserir qua e là menzione della *iusta causa* quanto ad aggiungere espressamente che l'*error falsae causae* non giova. Sicchè io crederei che per Gaio se l'er-

Ma una dimostrazione egualmente piena, per altro verso dell'asserto s'ha riguardando come procedan le cose in ordine alla prova. La buona fede concernente il diritto del proprio autore[1] si presume. È questa una mera *praesumptio hominis*, non già una presunzione legale. La ragione per cui si presume è l'esistenza della *iusta causa usucapionis*; chi è in rapporto con persona che rinuncia alla cosa a favor suo ha ben ragione di supporre che questa persona abbia diritto di disporre della cosa: nell'ordinamento imperfetto della proprietà romana, per quell'assenza singolare di pubblicità adeguata a uno Stato civile nelle trasmissioni dei beni, non si può esigere da lui che faccia indagini speciali per assicurarsi della proprietà, più di quel che si esiga da noi moderni circa le cose mobili. Sicchè la *iusta causa* viene in realtà fino ad un certo segno ad aver funzione di giustificar la buona fede; sebbene io la creda meramente una funzione accessoria ed eventuale, per la quale non è nata la *iusta causa* ed alla quale può esser che non basti.

Ma quando la *bona fides* estende il suo dominio a detrimento della *iusta causa* e questa, intaccata nella sua essenza, è in procinto di svanire o svanisce addirittura, allora scompare la presunzione, perchè è scomparsa la ragione della presunzione: « Qui a pupillo emit, dice Gaio, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse ». Si deve allora provare di essere stati indotti in errore e di esser quindi in buona fede: « Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit bona fide emisse videtur ».[2] Ora soltanto adunque si richiede che l'usucapiente produca un fatto concreto e serio per dimostrar la sua buona fede. Senza dubbio *anche ora* la sua buona fede non è distrutta, se questo fatto positivo costituisce un errore inescusabile; ma in compenso della *iusta causa usu-*

rore non fosse stato inescusabile esso avrebbe valso a giustificare l'usucapione anche per l'usufruttuario; ma sempre, si vede, la scusabilità dell'errore sopravviene dove la *iusta causa usucapionis* scompare del tutto.

[1] Si può in senso lato considerar come proprio autore anche il derelinquente.

[2] Gai L. 13 § 2. D. *De Publ.* 6, 2.

capionis, da cui si prescinde, è ben ragionevole di esigere che provi anche una *iusta causa erroris*.

Finalmente se consideriamo la ragione, per cui nella *bonae fidei possessio* sotto gli altri rapporti si prescinde dalla scusabilità dell'errore, ciò riesce d'una irresistibile evidenza. Se nel furto, se nella *hereditatis petitio*, se, aggiungiamo pure, nell'acquisto dei frutti si prescinde dalla scusabilità dell'errore, non può non saltare agli occhi che in tutti questi rapporti si prescinde anche dall'esistenza di una vera *causa possidendi*. Non parliamo del furto; ma nella stessa *hereditatis petitio* è manifesto che non si richiede se non una *iusta causa existimandi* per esser trattato come *bonae fidei possessor*.[1] Ora è impossibile che tra le due cose non vi sia un rapporto. L'errore scusabile, la *iusta causa erroris*, non si esige, perch'esso non serve che a sostituire la *iusta causa* esaurita dall'espandersi della *bona fides:* qui non è a parlare di *iusta causa possidendi* o *usucapionis* e quindi nemmeno si pretende una *iusta causa erroris*.

PIETRO BONFANTE.

[1] L. 20 § 6 c D. *De h. p.* 5, 3. Cfr. anche L. 33 § 1, D. *De us.* 41, 3.

STUDI CRITICI

SUI LIBRI XVIII DI PAULUS AD PLAUTIUM

I. Uno studio su questi importanti libri di Plauzio, in nuova forma editi da Paolo, che tenda principalmente a separare quello che era contenuto nell'opera originale da quanto fu aggiunto dal giurista dell'epoca de'Severi, non ha bisogno di essere giustificato.

Un tale lavoro è atto a portare un contributo validissimo per la storia interna degli istituti giuridici nel diritto classico. Ma anche per la critica de'testi una siffatta osservazione deve sviluppare un tesoro di esperienza; dacchè, assai spesso, la ricerca se una data proposizione appartenga al giurista più antico od al suo commentatore si presenta intimamente congiunta all'indagine sul metodo tenuto dai compilatori nello estrarre, accorciare, fondere, trasportare i singoli testi, dal materiale che loro stava dinanzi.

Come si vede, il ricolto è lusinghiero; ma, come è legge delle cose umane, altrettanto è la via seminata di difficoltà.

Non mancano invero dichiarazioni di dotti critici, i quali, osservando l'insieme de'nostri libri, hanno giudicato un tal lavoro « non difficile ». [1] Per quanto esse però provengano da persone au-

[1] Ferrini, *Regio Istituto Lombardo di scienze e lettere*, serie II, vol. 18, p. 902

torevoli, io non dubito di affermare che una più accurata osservazione deve portare a diversa conclusione.

Le difficoltà infatti si sollevano, a chi s'addentra nel lavoro, spesso insormontabili. Poichè, se è vero che molti dati esteriori offrono, in un certo numero di frammenti, un valido aiuto, è d'altra parte evidente che il lavoro critico non può, nè deve arrestarsi là dove questi aiuti vengono meno. Ristretta in tali limiti non sarebbe l'opera d'alcun interesse, come un'offerta di merce che ognuno ha già da sè. Ogni esperto lettore delle fonti, infatti, discerne allora senza stento la mano del giurista posteriore.

Il lavoro critico invece comincia là dove mancano punti di appoggio esteriormente visibili, che, come è noto, sono per lo più offerti dalla cronologia de' giuristi, che vi si trovano citati, e dai nomi de' Principi. Allora le difficoltà sono evidenti; tuttavia bisogna subito soggiungere che l'impresa non è, oggi, temeraria.

Dacchè largo campo all'osservazione critica, in questa direzione, fu offerto dal Lenel nella grandiosa opera, la *Palingenesia iuris Civilis*. È vero che il Lenel non vi ha annotati, nè altrimenti resi di pubblica ragione, [1] i criteri che lo guidavano nella connessione dei diversi frammenti o nel distinguere il testo dal commento posteriore, come ha fatto spesso pe' libri ad Sabinum, ma lo studioso, che ha già il risultato, arriverà da sè, con un po' di pratica, a trovar le cause e scovrire il metodo. [2] L'opera stessa poi, condotta e fornita con tutto l'apparato critico oggi possibile, era un presupposto indispensabile per le ricerche di questa natura.

Se mancano poi delle opere di tal genere da poterci servire di guida, spigolando tuttavia nella letteratura più recente vi troviamo già un cumulo di osservazioni ed esperienze fatte, che costi-

[1] Pei *libri ad Sabinum* confronta però il più recente lavoro del Lenel, *Das Sabinussystem*, 1892.

[2] La rivista sulla Palingenesia fatta dal Kipp, *Krit. Vierteljahresschrift N. F.*, vol. 14, p. 481 e seg. oltre ad essere ricca di utili osservazioni sulla critica de'testi, mette in chiaro, di frequente, i criteri che guidavano il Lenel nel suo lavoro.

tuiscono per noi de' preziosi insegnamenti. Così, in questo stesso Bullettino, [1] sottopose lo Scialoja alcuni frammenti de' libri di Pomponio ad Sabinum ad un esame dello stesso genere, mostrando, con risultati ottimi e con quella competenza che gli è propria, il metodo da tenersi in simili indagini. [2]

E questo non è ancora tutto quello che noi abbiamo come esperienze acquisite. L'osservazione critica de' testi ha avuto con i lavori dell'Eisele e del Gradenwitz un nuovo incitamento; essi hanno dischiusi nuovi orizzonti. Mercè gli scritti di questi maestri, il nostro sguardo è ora, nella lettura delle fonti, reso più acuto, e siamo in grado di discernere e rilevare quanto un decennio addietro nessuno avrebbe mai sospettato. Per quanto l'indole del presente lavoro possa differire da quegli scritti, ognuno vedrà di leggieri quanta parte essi vi hanno.

Infine anche i filologi sono stati oggi conquistati dai giuristi romani. Essi, che prima passavano innanzi ai nostri monumenti indifferenti, e spesso anzi per lanciarvi un insulto, si apprestano ora a farne ammenda. Le nostre fonti sono divenute anche per loro oggetto di studio. Si è riconosciuto che negli scritti dei giuristi romani, ne' quali tutta la gloria di Roma s'è eternata, alla elevatezza del pensiero risponde, per lo più, anche la precisione e purezza della forma, conservandosi in essi, meglio che negli altri rami letterari, la tradizione della classicità.

Questo movimento deve essere da noi accolto con vera gioia. Nessuno può disconoscere il valido aiuto che la filologia è in grado

[1] *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. II, p. 169 e seg.

[2] Il tentativo invece fatto dal Landucci, (Per il XXXV anno d'ins. di F. Serafini p. 405 e seg.) sui libri di Paolo ad Neratium, si deve, se non erro, ritenere come fallito. Inesatto è già il punto di partenza, di ritenere cioè che i libri *ad* si debbano riconoscere come semplici copie, corredate di note marginali dai giuristi posteriori. Questa opinione, nella sostanza, fu messa avanti anche dal Bremer, *Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im Röm. Reich*, 1868, cfr. p. 58 ed il § IV. Pei libri *ad Neratium* poi, specialmente, i compilatori ci risparmiarono, con le indicazioni delle note, qualunque lavoro critico di questo genere.

di portarci per la critica de' testi.[1] Anzi tale aiuto è indispensabile per un lavoro, quale io l'ho intrapreso, che miri a discernere, nei diversi frammenti, quello che s'appartiene ai due giuristi viventi ad un secolo di distanza l'un dall'altro, e che hanno ognuno una propria individualità accentuata, che si rispecchia anche nella forma.

Sventuratamente però quel che finora ci hanno offerto i filologi, come risultati, è ben poca cosa; e, quel che è più, per le nostre indagini, di poca o nessuna utilità. Un terreno, al certo, assai sdrucciolevole è quello della latinità africana;[2] eppure sembra che i filologi si muovano in questo campo con predilezione tale da ingenerare in noi giuste preoccupazioni d'una invasione addirittura di giuristi africani in Roma antica.[3] Nel resto si procede nelle ricerche assai sporadicamente, e con un metodo non del tutto soddisfacente. Dacchè quella tendenza invalsa di venire a precisare, con tutta sicurezza, l'apparire d'una parola, frase o forma per una data epoca, additandone anzi l'autore, può, più che aiuto, portare inciampo al giurista che vi facesse affidanza. In base a tali criteri lo spostare un frammento, forse di un secolo, è cosa alla quale nessuno vorrà seriamente pensare.[4] Io esporrò a suo tempo il metodo che è in questa direzione da seguirsi, e quali le precauzioni necessarie da tener presenti, per evitare i pericoli che sono congiunti con le ricerche linguistiche.[5]

[1] Cfr. le severe parole del Mommsen, *Praefatio*, p. LXXVIII.

[2] Con giudizio almeno il Kübler, *Archiv für Lat. Lexikographie*, vol. 8, p. 161 e seg., è andato alla ricerca di questa fenice in altri campi (iscrizioni Africane), mostrandosi scettico sull'utilità d'una tale osservazione negli scritti di persone colte.

[3] Anche Papiniano è Africano! Il Leipold, *Ueber die Sprache des juristen Papinianus* lo crede dimostrato "mit zwingender Nothwendigkeit„ (p. 47). Vi trova anche vestigia del *tumor africus!* (p. 29). Quel che più fa senso è che alle stesse conclusioni è venuto il Kalb, e che il Wölfflin è d'accordo. Anche Paolo per Leipold (O. c. p. 16, n. 3) non è latino, e lo conchiude dalla forma "eodemque„ invece di "eidemque„ che si trova nel fr. 42, p. D. 38, 2 (!). Cfr. Mommsen ad h. l., che lo mette, con ragione, a carico de'copisti.

[4] Il Kalb, *Romajuristen* non va eccettuato in questo. L'opposizione quindi dello Schulze, *Z. für R. G.* vol. 12 p. 100 e seg., sembra a me ottima e giustificata.

[5] Anche il Kalb, d'ordinario tanto acuto, non evita qualche volta delle ardite illazioni, che ci appariscono come notizie *à sensation;* così, per esempio, egli rilevò acutamente come una proprietà dello stile sviluppatosi dalla teoria giuridica il cu-

II. Piuttosto vorrei dire ancora una parola sulla necessità di por mano oramai agli studi critici sugli scritti de' giuristi presi isolatamente, rilevandone uno speciale vantaggio.

A me pare che, in mezzo a tutto il bene che la critica de' testi comincia oggi ad offrire, s'è anche infiltrata una certa esagerazione, la quale, sino a certo punto, giustifica il comportamento degli scettici di fronte alle nuove scoperte, e che potrebbe, ben tosto, divenire un'arma di discredito per l'avvenire.

L'esagerazione è data da un preconcetto che s'è venuto formando, pur senza colpa di nessuno, di credere che dovunque nel testo si presenti una irregolarità, per ciò stesso ci si debba vedere la mano di Triboniano.[1] Or ciò è arbitrario, ed enunciato così, senza alcuna distinzione, anche pericoloso. Dacchè, se è vero che in un dato frammento il nesso od il verso delle idee, od altro che sia, esclude che un giurista classico abbia pensato e scritto in quel modo, non è detto ancora o provato che là ci sia il *pensiero* di Triboniano[2]. Nè si deve sfuggire, come si è fatto finora, la questione se noi ci troviamo di fronte ad un'interpolazione solamente for-

molo di due preposizioni, (esempio *per in* manum conventionem; *de in* rem verso etc.) cfr. *Iuristenlatein* (1 ediz.) p. 35 e seg. Archiv. für Lat. Lexikog., vol. 1, p. 82 e seg. al n. 5. La spiegazione che ne dà è felicissima. Intanto ad una tale apparizione parve al Kalb necessario di dare un autore, bisognava trovarlo. Il nome di Labeone era in questa materia il più opportuno; per sventura però negli scritti di Labeone non ve ne ha orma. Ricorre quindi a Giavoleno, epitomatore di libri di Labeone, per servirsene come di un ponte di passaggio. Così per Kalb si spiega tutto: Giavoleno, egli dice, non era un giurista sì importante da trovar imitazione; egli dunque dovette prenderlo da Labeone che ne fu il creatore; e, dal *lato filologico*, si spiega anche così il "plurima innovare instituit„ di Pomponio (§ 47), riferentesi a Labeone! Noi, in verità, restiamo sorpresi a vedere in Pomponio uno sguardo filologico così acuto!

[1] Di una tale esagerazione non vanno esenti i nomi più autorevoli nella nostra materia. Mi si dispenserà dal portare esempi, tanto più che nel corso del lavoro ci incontreremo di frequente in essi.

[2] Anche l'Ascoli, *Bullettino dell' Istituto di d. r.*, vol. 4°, pag. 293 e seg., di recente, s'è mostrato insoddisfatto del metodo che si segue. Le sue belle osservazioni però non esauriscono tutto quelle distinzioni che sono necessarie a farsi in questa materia, come spero mostrar meglio con gli esempi.

male,[1] oppure anche sostanziale; tale esame offre al certo maggiori difficoltà, ma egli è chiaro che, se i risultati che dà la critica dei testi debbano servire ad uno scopo, a portar cioè lume sulla evoluzione degli istituti giuridici, non ci possiamo sottrarre a tal còmpito.

E le difficoltà non sono insormontabili; bisogna sforzarsi a trovar la via da battere. Or per raccogliere le prime esperienze, per fare i primi passi a me sembra che si debba cominciare appunto dall'osservazione delle singole opere de' giuristi, specialmente da quelle che subirono parecchie redazioni " *libri ad, ex* „. In queste il materiale a nostra disposizione è più ricco, l'osservazione può essere agevolata dalla differenza nello stile e nella lingua de' due giuristi; di più ancora, il metodo tenuto dai compilatori nell'estrarre i frammenti, nel far scomparire l'opposizione che il commentatore vi aveva annotato, è spesso visibile o si lascia indovinare con molta probabilità. Quello che noi possiamo imparare qui, sarà poi un prezioso patrimonio per andare più cauti nelle altre ricerche, ma anche più sicuri. Io spero di poter provare, con parecchi esempi, già sul principio del lavoro, che le irregolarità o mostruosità, che presentano certi testi, sono in fatto, assai di frequente, causate dal metodo tenuto dalla commissione nell'accorciare, tagliare in mezzo, cucire insieme gli estratti dalle opere de' giuristi. In principio questo non è disconosciuto, ma praticamente a me sembra, in generale, trascurato. In quei casi è invece necessario indagare l'operato de' compilatori, nè sarà mai sufficiente cavarsela constatando l'esistenza di una interpolazione; dacchè, se questa è meramente formale (nel doppio senso accennato nella nota 1), non si può mettere in un fa-

[1] Formale in doppio senso: *a*) la proposizione inserita nel testo è formulata dai compilatori senza che porti immutazione nel diritto; *b*) la proposizione è del giurista classico, ma fu dai commissari incastrata in altri frammenti, o cucita, dopo un taglio fatto nel testo, con altra proposizione. Per quest'ultima categoria le difficoltà sono, evidentemente, ancora maggiori. Per le prime furono fatte ottime osservazioni dal Cogliolo, *Archivio Giuridico*, vol. 41, p. 183. *Storia del diritto privato romano*, volume II, p. 219 e seg., insieme però ad un'opposizione, riguardo a delle interpolazioni evidenti (per esempio, pel fr. 57, D. 18, 1.), a mio credere, assai ingiustificata.

scio con quelle nelle quali è entrata in attività la testa de' commissarî. Solo in quest'ultimo caso abbiamo noi dinanzi una produzione giuridica, più o meno nuova, creata o solamente formulata dai compilatori, per conseguire, sempre, uno scopo legislativo; sia per eliminare una controversia, sia per elevare una norma. Il testo che ne risulta porta allora l'impronta dei loro autori; la « ostinata ripetizione » della forma ce ne avvisa; nel suo contenuto noi troviamo il materiale per misurare la loro capacità scientifica o legislativa.

Nell'altra ipotesi invece, che la contraddizione o la mostruosità del frammento sia causata da un taglio e relativa cucitura fatta al testo originale, siamo noi del tutto in altro campo; i compilatori ci si presentano come semplici levigatori de' testi de' classici, o, per usare una frase oraziana, quali *sutores*.

Questo metodo di ricerche così complesso, non può esser dubbio, come s'è detto, che sia solamente possibile, per ora, su singoli libri. L'ordine delle indagini che io presenterò sarà il seguente:

a) In una prima serie di lavori esaminerò quei testi che presentano delle irregolarità rilevanti, ricercandone l'origine.

b) Fatta questa depurazione, che ha in sè le maggiori difficoltà, ci sarà agevole, seguendo l'ordine dei frammenti, come si trovano nella *Palingenesia* del Lenel, venir a separare il testo di Plauzio da quello di Paolo.

c) I risultati che il materiale esaminato sarà per offrire, sia, in speciale, riguardo ai nostri libri; sia, in generale, per tutte quelle esperienze fatte ed insegnamenti acquisiti nel corso del lavoro, verranno riassunti in una terza parte.

PARTE PRIMA.

Fr. 21 De re iudicata etc. 42-1. (Lenel, *Pauli* 1131).

Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur, an si cum socero ex promissione dotis

agatur, in id quod facere potest, damnandus sit? Quod et id [*itidem* M.] aequum esse videtur: *sed alio iure utimur*, ut et Neratius scribit.

I. Le parole stampate in corsivo rendono il fr. caratteristico. Il giurista (Paolo) chiede se il c. d. *beneficium competentiae* ha luogo anche in favore del suocero convenuto per la dote promessa.

Egli trova l'affermativa conforme all'equità, soggiunge intanto, subito, che il diritto vigente è contro. Questo è meraviglioso. Non già dal punto di vista che il giurista venga ad una soluzione che è in opposizione con la norma imperante; dacchè, considerata la condizione dei giureconsulti di fronte al diritto obbiettivo, ciò non dà a ridire. I giuristi non sono legislatori; sull'evoluzione del diritto è data loro una influenza indiretta, in quanto, interpretando essi con l'osservazione de' rapporti, de' bisogni della vita le vedute del popolo, sono in grado di additare se la norma giuridica è alle stesse adeguata, o pur no. Il risultato dunque a cui perviene ogni giurista con la sua analisi può ben cadere in collisione col diritto vigente; e le fonti ce ne offrono degli esempi. [1]

Quel che invece è strano nel nostro fr. è l'intonazione con cui ci si presenta. Sembra, con tutta evidenza, che una soluzione vi fosse ricercata, come di cosa dubbia, an... damnandus sit? e le parole « sed alio iure utimur, » dopo l'affermativa, arrivano a sorpresa.

II. E noi possiamo vedere che Paolo non sapeva nulla di ciò. Labeone negava tale beneficio, trattandosi di promessa di dote, assolutamente; Paolo annota il responso distinguendo:

Fr. 84 de iure dotium 23, 3.

[1] Fr. 1, § 14, ad leg. Falc. 35-2 (Paul). Quam sententiam probabiliorem esse puto, sed et divus Antoninus iudicasse dicitur reliq. la giusta interpretazione di questo fr. in Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, p. 115, nonchè sulla possibilità di una incertezza del diritto obbiettivo in Roma. Cfr. Gaio, II, 221, *dicitur* divi Hadriani constitutione confirmata esse.

Paulus: immo quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. ceterum si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique in quantum facere potest socer condemnabitur: si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum *puto*.

Di un diritto vigente dunque non vi ha qui menzione alcuna, anzi il *puto* lo esclude.

In generale gli scrittori hanno avuto una certa facilità a conciliare questi due frammenti, riferendo cioè lo « alio iure utimur » del fr. 21 cit. alla seconda ipotesi contemplata nel fr. 84 cit. « si dirempto *reliq.* » [1]

Non val la pena davvero d'intrattenersi a combattere tali congetture e distinzioni che, pur troppo, sono le armi sempre pronte agl'interpreti concilianti. Il Fabro [2] poi, per togliere l'antinomia, aveva proposta una correzione nel testo del nostro fr. 21, leggendo « sed alio et alio. » [3]

Tutti questi tentativi sarebbero stati, forse, risparmiati se si fosse meglio osservato un altro fr. di Paolo.

Fr. 17 p. soluto matrim. 24, 3. (Paul ad Sab.).

Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur, *solet quaeri*, an idem ei honor habendus sit: *Neratius* libris membranarum et Proculus scribunt *hoc iustum esse*.

Questo testo confrontato con quello che abbiamo in esame deve togliere ogni dubbio.

Paolo, in entrambi i fr., mostra chiaramente che si trova di fronte ad una questione non definitivamente risoluta:

Fr. 21 — an... damnandus sit?

Fr. 17 p. — solet quaeri... an habendus sit.

[1] GLÜCK, *Serie de'libri*, 25, p. 187 e seg., d'accordo VANGEROW, *Pandette*, v. I, pag. 292.

[2] *Coniect.* II. cap. 14.

[3] Contro anche GLÜCK, o. c., p. 191, nota 53.

Che il b. c. infatti non si fonda su di uno speciale editto generale, ma è, in gran parte, un prodotto della prassi e di singoli rescritti, appare dalle nostre fonti con tutta evidenza e fu bene, contro il Rudorff, rilevato dal Lenel. [1]

Per quanto si riferisce al suocero, convenuto per la dote promessa, noi possiamo seguire le diverse opinioni dai veteres sino a Paolo.

Q. Mucio, si vedrà subito, lo negava; così Labeone.

È Proculo, come sembra, il primo che pronunzia la decisione più equa, che fu raccolta e difesa da Nerazio, al quale Paolo si richiama due volte. [2]

Fr. 17 p. — Neratius... hoc iustum esse.

Fr. 21 — id aequum esse videtur (. . . .) ut et Neratius scribit.

Le parole « sed alio iure utimur » tendono a travisare l'opinione di Nerazio, attribuendo al giurista cosa che non aveva detto e che, per di più, non esisteva obbiettivamente.

III. Lo enigma possiamo spiegarcelo senza difficoltà.

A me sembra evidente che noi ci troviamo qui di fronte ad un'interpolazione; se seguiamo l'operato de' compilatori la ragione della stessa ci si svelerà da sè.

L'emblema fu determinato dal fr. 22 eod. che segue immediatamente il nostro, e che fu estratto da Pomponio ad Q. Mucium. La posizione di questo fr., che viene ad interrompere i brani ricavati dall'opera di Paolo ad Plautium (Cfr. fr. 23 eod. dal l. VI P. ad Pl.), non è casuale. Apparirà subito il perchè i compilatori l'annetterono al precedente, se ci prendiamo la pena di ricostruirlo, almeno sostanzialmente, nella sua interezza, come si può fare sicu-

[1] *Das edictum perpetuum*, p. 345, n. 3.

[2] Il più recente scrittore di questa materia, ALTMANN, *Das Beneficium competentiae* 1888, non ha portato su questo punto alcuna luce. L'antinomia delle nostre leggi vi è ignorata, citandole anzi " per corbem „; cfr. p. 4, n. 21; p. 5, n. 22, 23; p. 36, n. 36.

ramente con l'aiuto del fr. 84 p. *de iure dotium*, che contiene l'opinione di Labeone nella nostra materia.

(Fr. 84). *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum* [Q. M. socerum] *qui promisit.*

(Fr. 22, Pomponio) [1] sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio: verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est eqs. [2]

Arrivati dunque i compilatori a questo punto dell'opera si trovarono nelle mani il seguente materiale:

a) Il fr. 21 di Paolo che ammetteva il b. c. in favore del suocero senza limitazioni.

b) Il fr. di Pomponio ad Q. M., nel quale il b. c. era, per il caso proposto, negato in senso assoluto dapprima (Q. Mucio), con distinzione in seguito (Pomponio). Le risposte erano dunque diverse.

Paolo = sì.

Q. Mucio = no.

Pomponio = cum distinctione,

Se queste diverse opinioni fossero state contenute in uno stesso fr., i compilatori le avrebbero lasciate; in fr. differenti, sia pure consecutivi, la divergenza così aspra non rispondeva all'indole d'un'opera legislativa, e noi sappiamo, da altri esempi, che fu curato a che ciò non avvenisse.

Nel nostro caso il risultato fu ottenuto con una operazione meccanica. Le due opinioni contrarie di Paolo e Mucio si eliminavano da sè. Era però necessario, affinchè la neutralizzazione di queste due forze uguali e contrarie fosse resa possibile, che entrambe ve-

[1] Che questa parte del fr. sia di Pomponio non può esser dubbio; vi è tutta la sua maniera di distinguere: cfr. fr. 34, p. D, 34, 2 (Pomp. ad Q. M.) hoc ex parte verum est. Fr. 4, § 1, D. 15, 1 (Pomp. ad Sab.) sed hoc ita verum puto (su questo fr. anche Scialoja, *Bullettino*, vol. II, p. 177) — fr. 6 in f. D. 41, 4 (Pomp. ad Sab.) sed ita hoc.

[2] È evidente che Paolo, nell'annotare l'opinione di Labeone (fr 84, *de iure dotium*), ebbe sott'occhio la nota di Pomponio a Q. Mucio.

nissero applicate ad uno stesso punto. Fu quindi tagliata dal fr. di Pomponio l'opinione di Q. Mucio, e riportata sostanzialmente, con le parole « sed alio iure utimur », nel fr. di Paolo. La prevalenza restava così a Pomponio, e l'armonia desiderata era conseguita.

Certo, il bel risultato s'era ottenuto con una violenza, calcando nella bocca di Nerazio e Paolo una menzogna; ma i compilatori, spronati dalla fretta, nella loro opera legislativa, applicarono, in larga base, prima che fosse enunciata, la teoria « il fine giustifica i mezzi ». Così, per citare qualche esempio, i fr. 6 e 7 D. XXXIV, 1 sono il prodotto d'un analogo procedimento, come fu dimostrato dal Grandenwitz. [1] Lo Scialoja, in questo stesso Bullettino, [2] ne svelava un altro, ancor più elegante, con l'esame dei fr. 4 e 6 p. D. XVIII, 1 (Pomp. 9 ad Sab), « i compilatori nel distaccare i due passi, per metterli d'accordo, aggiunsero al primo le parole « si ab ignorante emitur ». [3] In altri testi, poi, è ciò evidentissimo. [4]

A me preme però d'insistere su quanto dissi, a proposito del nostro fr. 21, che cioè i compilatori fecero in esso solo un'operazione meccanica. Si consideri infatti che in questo titolo « de re iudicata etc., » fu preferita l'opinione conciliativa di Pomponio, unica-

[1] *Interpolationen*, p. 204 — cfr. LENEL, Pauli, 1563.

[2] *Bullettino*, vol. II, p. 178.

[3] SCIALOJA, l. c.

[4] Io penso qui solo a quei casi ne'quali i commissari, per mettere in rapporto frammenti consecutivi, fanno parlare i giuristi classici. Un celebre esempio è nella interpolazione del fr. 58 D. XVIII, 1 (Papin. Quaest), che rimanda al fr. 57 eod. di Paul. ad Plaut., anch'esso, in gran parte, fattura de'compilatori: cfr. invece d'altri, Gradenwitz, o. c. p. 46. Così anche Trifonino, nell'ultimo fr. del l. 3, t. 1 rimanda al t. seguente. Cfr. Lenel, Triphon. 16. — Solo per la vicinanza col nostro fr. 21 rilevo anche la interpolazione del fr. 20 eod. (Modest. different.) — quod ed in persona mulieris aequa lance aequitatis suggerit ratio; vista già dal Cuiacio, Opera, volume X, p. 1225: e dal Lenel, Modest. 10. — Si osservi infatti *a*) la posizione delle parole " aequitatis suggerit ratio „ ; *b*) suggerit = suadet è spesso usato dai greci: cfr. per esempio C. 2, § 7, II, 58 (anche Ulpiano però l'ha di frequente, fr. 79, § 1, D. V. I religio suggerit; fr. 53, § 3, D. XXVIII, 5, res...suggerit; fr. 7, p. D. XXIII, 3 aequitas suggerit; fr. 1, § 2, D. 47, 18 prout admissum suggerit; *c*) *aequa lance* su questa frase si sono di recente pronunziate diverse opinioni, ma cfr. c. 10, V, 20; c. 4, VI, 28.

mente perchè, fatta l'operazione col materiale che avevano nelle mani, restava alla stessa la prevalenza. Si escludeva il *b. c.* in favore del suocero, dopo sciolto il matrimonio.

Andiamo a vedere quel che i compilatori hanno lasciato « in sede materiae » di quest'ultimo caso, cioè nel titolo « soluto matrimonio ecc. », e vi troveremo trascritta l'opinione di Proculo, Nerazio e Paolo « hoc iustum esse, » senza alcuna distinzione.

Ciò va rilevato come un altro documento per l'apprezzamento de' criteri formali, ai quali si fa rimando, con predilezione, dagli scrittori, in caso di antinomia.

***

I. Fr. 16. de liberatione legata 34, 3 (Lenel 1172).

Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi « quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere. » Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: *totam enim locationem legatam videri.*

Plauzio, cui appartiene il fr., si occupa qui della portata del legato *sinendi modo* in favore d'un conduttore, concepito nella forma: « quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve.

Si chiede, quale sarà la posizione giuridica del locatore, quale la efficacia del legato; romanamente, quale i mezzi giuridici che un tal legatario avrà a sua disposizione. Plauzio, richiamandosi alla autorità di Nerva e Atilicino, designa, secondo le diversi ipotesi, due vie. Cioè, se il legatario è impedito nella fruizione del fondo, alla quale egli per il contratto d'affitto ha diritto, può esperire contro l'erede *l'a.° conducti.* Se invece l'erede, a titolo del rapporto di locazione, ritiene qualcosa del conduttore, questi avrà a sua disposizione *l'a.° ex testamento.*

Queste vie sono aperte al colono legatario per far valere le sue ragioni; noi possiamo sostituire, secondo il modo di pensare a noi

oggi comune, la sostanza del diritto, la posizione giuridica del legatario di fronte all'erede, come c'è designata dai giuristi sotto la maschera dell'*actio*.

Il legatario ha contro l'erede l'a.° conducti per il pacifico godimento del fondo, questo significa che egli ha sempre di fronte all'erede la stessa posizione giuridica, il rapporto di locazione. La disposizione testamentaria nulla ha immutato in questa direzione. Tale concetto è espresso, anche più generalmente, da Ulpiano:

Fr. 5 D. locati 19. 2 (Ulp. ad ed.).

Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit. (Cfr. fr. 24 § 5 eod. Paolo).

E di una rimessione trattasi anche nel nostro legato. La disposizione testamentaria era diretta a liberare di *fatto* il conduttore da tutte le obbligazioni provenienti dal contratto d'affitto; a liberarlo di fatto, cioè, il testatore imponeva semplicemente all'erede di restarsene *inattivo* di fronte alle obbligazioni del colono; [1] un legatum liberationis, sinendi modo. [2]

[1] Gaio, II, 214.

[2] Che tale sia il caso contemplato dal nostro fr. non è dubbio. Intanto è stato negato dal Ferrini, *Teoria generale dei legati, ecc.*, p. 4, la possibilità di un *legatum lib.* nella forma *s. m.* L'autorità dello illustre romanista mi obbliga a non passare sotto silenzio tale opinione. Come è venuto mai il F. a questa affermazione, di fronte ad una esplicita testimonianza delle fonti? Paolo R. S. III, § 6, 11 " sinendi modo tam corporales res quam quae in iure consistunt legari possunt; *et ideo debitori id quod debet recte legatur* „. Il F. parte dal presupposto che le fonti non offrono alcun esempio; le parole di Paolo intanto gli prepararono molte difficoltà dacchè ad uno sviluppo posteriore del d. post-classico, raccolto dai Visigoti, in questa materia non era affatto a pensare. Non restava allora altro scampo che dire " intendere letteralmente queste parole non sembra possibile „ (F. l. c.). A me sembra però che, quando un testo è così chiaro, qualunque interpretazione, per quanto si stiri, debba coincidere con la *letterale;* il F. non ha violato questo principio impunemente, e mi permetto sommessamente di fargli rilevare le conseguenze. Paolo non poteva voler accennare " ai casi d'indiretta costituzione d'usufrutto mediante rimessione delle mercedi di locazione „ (F. o. c., p. 4, n. 2, 3 con rimando al nostro fr.), perchè nessun giurista romano avrebbe mai pensato che la rimessione della mercede di locazione abbia effetto d'una costituzione indiretta d' usufrutto. Esse sono invece figure giuridiche ben distinte, dagli effetti immensamente difformi. Infatti, s'è visto che la rimessione della mercede non altera la posizione giuridica del locatario; ma vi ha di più, essa giova anche agli eredi del locatario, se questi muore durante il periodo della loca-

Economicamente, per lo meno nella maggior parte di casi, lo scopo della liberalità che aveva di mira il testatore veniva ad essere raggiunto, come se la liberazione effettiva fosse avvenuta.

Tuttavia, in una direzione, la volontà del testatore, mediante una rigorosa interpretazione dei *verba*, usati nella dichiarazione: ut *sinceret* heres sibi habere: poteva venire frustrata impunemente. Nel responso de' giuristi viene appunto a galla questa difficoltà.

Come cioè se l'erede ritiene qualcosa del legatario?

In tal caso egli non ha chiesto nulla: il suo comportamento è inattivo, come le parole del legato suonano; ma, senza dubbio, in evidente contraddizione con la volontà del testatore e con lo spirito della sua dichiarazione.

Si aggiunga che questo dubbio si presentava ancora più imponente per il fatto che il diritto romano, in generale, non parte dal principio che il *petere* valga quanto il *retinere;* in alcuni casi [1] quello è vietato assolutamente, mentre la *retentio* è possibile. [2]

zione, appunto perchè tale rimessione non poteva essere interpretata come un legato annuo, (per il quale varrebbero altri principii, cfr. 4, D. 33. 1 Paul. ad ed.) specialmente nello sviluppo posteriore che verrà esposto, in seguito, nel testo. Si può dire tutto questo nel caso di costituzione d'usufrutto? E se la negativa non può esser dubbia, che cosa significa parlare di una *costituzione indiretta* d'usufrutto? Lo stato economico, di fatto, che nell'uno e nell'altro caso appare identico " godimento della cosa presa in affitto senza un sacrificio corrispondente, „ non autorizza a confondere anche le figure giuridiche. La premessa dunque, che nelle fonti non si hanno esempi di tali legati è affrettata. Il nostro fr. 16 D. 34. 3 è certo uno, cui segue il fr. 18 eod. dello stesso genere (eo modo). Nè deve poi far meraviglia che nè Gaio, II, 193 e seg. - nè Ulpiano, XXIV, parlano di una tale possibilità riguardo al leg. s. m., dacchè, ne' due trattati, la differenza fra le 4 forme di legati e la loro portata è unicamente misurata alla stregua del *legatum rei*. L'affermazione del F, qui combattuta, pende del resto dalla sua opinione sull'origine del *legatum s. m.* (F. o. c. p. 3 e seg. — *Bullettino dell' Istituto di Diritto romano*, vol. I, p. 121 e seg.) che pretende sviluppato dal *leg. per v.* e solo più tardi, per opera della giurisprudenza imperiale, ravvicinato al *leg. per d.* Non è qui il luogo di discutere questa opinione; cfr. però Fadda " Studi giuridici e storici per l'VIII Centenario della Un. di Bologna, „ p. 187 e seg., che difende strenuamente altro sviluppo.

[1] In tesi generale è ciò riconosciuto nel fr. 51 de condict. indebiti XII. 6. (Pomp. ad Q. M.) " ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus cet.

[2] Per esempio, obligationes naturales — Retentiones ex dote — cfr. Ulpiano, Reg. VI, 11.

I giuristi dunque, nella nostra specie, vanno diretti a questo unico ostacolo che offriva l'interpretazione del legato, ma non hanno dubbio a garentire al legatario, anche per questo, un mezzo giuridico, conforme alla volontà del testatore: la motivazione è semplice quanto efficace: quia nihil interesset, peteretur an retineret.

Nell'uno come nell'altro caso, cioè, la volontà del testatore verrebbe ad essere frustrata.

Noi non aspettiamo più altro nel testo; intanto incalza una seconda motivazione che tende, come sembra, a giustificare la prima:

« Totam enim locationem legatam videri. »

Una contraddizione fra le due motivazioni invero non c'è, dacchè il *quia*... si potrebbe riguardare come una constatazione di fatto; riconoscendosi solo l'ultima proposizione, *totam enim*, come una motivazione giuridica.

Tuttavia non può attribuirsi ad un giurista il collegamento di quelle due proposizioni così slegate, rese pesanti per la vicinanza di un « quia... enim; » e questo asserto non è arbitrario, ma viene principalmente confortato dalla considerazione che il secondo motivo (enim) va assai oltre, non è al responso adeguato.

L'esame d'un altro fr. ci porterà forse più luce.

II. Fr. 18 eod.

Cassius: Etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet: [et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione:] quod rectissime dicitur.

1. Il fr. appartiene agli stessi libri di Paolo ad Plautium; formava anzi nel testo originale la continuazione del precedente (cfr. Lenel 1172). La prima proposizione, riferita a Cassio, è conforme al responso dato da Nerva e Atilicino. [1]

[1] È chiaro che la parola " habitatio „ non è qui usata da Cassio nel senso tecnico d'un diritto reale d'abitazione; se no sarebbe un non senso il seguito del fr. " gratuitam habitationem heres praestare deberet. „ Habitatio ha qui il senso volgare. Il fr. va spiegato così: il legato fatto in favore dell'inquilino nella forma quidquid... ut sineret heres... (eo modo) ha per effetto che l'erede etc. Ciò per il Ferrini, o. c., p. 4, n. 2.

Le parole però « et praeterea... conductione » c'insegnano qualcosa di nuovo; ma che è, nello stesso tempo, indicato come uno sviluppo posteriore nella nostra materia, *et praeterea placuit.*

2. È utile intanto che noi qui ci fermiamo, prima di andare avanti, per vedere quale impressione fanno queste parole nel contesto dei due fr. riuniti insieme [cfr. Lenel. l. c.].

a) Il primo fatto che risalta agli occhi è, che questo *et praeterea...* si riferisce al responso di Nerva e Atilicino trattato avanti. Su ciò non può essere dubbio, come indica già la parola « colonum ». In questa proposizione dunque si ritorna al fr. precedente, mentre Plauzio era passato ad un'altra specie (inquilino), ad un'altra fonte (Cassio).

b) Le parole « quod rectissime dicitur » secondo la posizione che occupano, come noi leggiamo ora i testi, si riferiscono al « placuit ». Or questo è evidentemente impossibile. Nessun giurista avrebbe fatto corrispondere all'impersonale « placuit » [che ha, come è usato spessissimo da tutti i giuristi, la forza di « receptum est »] il « rectissime *dicitur*, » invece delle forme « rectius, aequius, expeditius, anche rationabilius est. »[1] L'ultima proposizione invece, con certezza, si riferiva in origine al citato di Cassio: Etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet; quod rectissime dicitur.

c) Se è vero che il periodo « et praeterea... » al posto dove si trova è spostato, ci viene a sorprendere ora non meno un altro fatto; l'armonia cioè che si trova fra questa aggiunta e la motivazione « totam enim... » del fr. 16. Ravvicinate infatti le due parti, otteniamo un fr. irreprensibile:

et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione; totam enim locationem legatam videri.

[1] Pomp. ad Q. Mucium — fr. 37 in f. D. 45-3. Dal Ferrini, o. c., p. 123, è ritenuta la chiusa di questo fr. interpolata. Questo è assai probabile; ed anche il Leipold, o. c., p. 16, segna il " rationabilius „ come una singolarità.

Cioè, la prassi posteriore riguardo a questo legato quidquid... è venuta ad interpretare più pienamente la volontà del testatore, riconoscendo non solo che l'erede debba lasciar godere gratuitamente il fondo al colono; non solo che egli possa esser convenuto con l'*a°* *ex testamento* nel caso di una ritenzione fatta a titolo della locazione; ma, addirittura, ha in quelle parole voluto vedere un legato di tutta la *locatio*, e quindi il colono ha diritto a farsi avanti con l'*a°* *ex t.* e chiedere la liberazione dall'*a°* *locati*. In altri termini, di fronte a tale onorato non è più sufficiente un comportamento passivo dell'erede, ma deve questi cooperare a che il legatario consegua pienamente il beneficio accordatogli. Come si vede, in questa connessione, la motivazione « totam enim... » acquista una forza adeguata, ci arriva quindi più comprensibile.

d) Così noi abbiamo nel fr. 16 una motivazione che s'attaglia meglio allo sviluppo posteriore riguardo al nostro legato. Lo sviluppo ci è comunicato, anche questo spostato, nel fr. 18. Se si volesse fare un tentativo di ordinare i due fr., levando tutte le dissonanze, s'otterrebbe ciò facilmente, rimettendo nel fr. 16 il periodo « et praeterea, » che leggiamo ora nel fr. 18.

« Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret, — et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione; totam enim locationem legatam videri ».

Cassius. Etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet; quod rectissime dicitur.

Come e perchè lo spostamento sia avvenuto vedremo dopo.

3. Interessa invece, a questo punto,sapere, a chi dobbiamo attribuire questa notizia sullo sviluppo della prassi, nel trattamento del leg. s. m.: « et praeterea... videri ».

Alla nostra mente si affaccia subito il pensiero che essa sia stata inserita da Paolo. Infatti è evidente a tutti come la lettera-

tura e le notizie sull'evoluzione degli istituti sono in questi libri profusi da Paolo a larghe mani. Nulla quindi di più naturale che un tale sospetto; la certezza tuttavia deve richiedersi alle prove.

Nel fr. 24, § 5, *locati* 19, 2, Paolo (*ad ed.*) tratta la stessa questione d'un *leg. liberationis* in favore del conduttore.

Questo fr. sarebbe per la nostra indagine di grande interesse, perchè, come si vede, sta col fr. 16 cit. in intimo rapporto. Il confronto è però reso impossibile dal fatto che il giurista all'ipotesi di un *l. s. m.* sostituì, in quest'ultimo, quella d'un *l. per d.* Bisogna dunque rivolgersi altrove. E per ventura ci viene in aiuto un altro fr., riferito anch'esso nel titolo de liberat. leg. 34, 3, estratto da un'altra opera (Quaest.) di Paolo.

Fr. 25 de lib. leg.

... respondi: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit ut eum liberaret [*l. per d.*] an prohibeat eum exigere [anche *l. s. m.*]: utroque enim modo liberandus est debitor et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio.

Che questo trattamento identico, *nihil interest*, del *l. per d.* e del *l. s. m.* fosse di data recente non è detto in vero nel responso di Paolo; nè era però il caso di annunziarlo, trattandosi, come è facile, di istruzioni richieste da un giovine discepolo (assessore? et plenius rogo quae ad haec spectant attingas: *cottidiana enim sunt*). Ma, d'altra parte, il tono enfatico di questa *introduzione* del responso: utroque... modo liberandus est... et utroque casu competit cet. è assai significativo. A questa osservazione se si aggiunge quanto sappiamo da Gaio, II, 214; che cioè in questa materia, anche a suo tempo, non c'era fra i giuristi accordo, avremo, io credo, indizi abbastanza gravi per essere autorizzati ad attribuire a Paolo l'aggiunta « et praeterea...[1]

[1] Non mi sfugge che le notizie che dà Gaio bisogna, qua e là, accettarle *cum beneficio inventarii*, potendo l'opposizione, che egli riferisce come viva in parecchi

L'evoluzione era poi conforme alla tendenza presa dal d. romano classico a liberarsi sempre più dalle pastoie della parola, per soddisfare meglio agl' interessi delle parti, allo scopo degli istituti. Il Senatoconsulto Neroniano,[1] è noto, aveva fatto un gran passo, in questa direzione. Il diritto testamentario in generale subì a dovizia la benefica influenza d'una più equa interpretazione dei *verba*, ed il principio: in testamentis plenius voluntates testàntium interpretantur,[2] ha già nel d. classico solide basi.

4. Ci resta a veder più davvicino quello che hanno fatto i compilatori con i nostri frammenti: [16, 18 D. 34, 3]. Essi ci si presentano ne' Digesti interrotti da una proposizione:

fr. 17 — reliqua quoque[3] in iudicio locationis venire.

Questo fr. porta l'iscrizione: *Iavol.* l. II *Labeon. poster.* Nell'ordine della massa edittale dunque, cominciata col fr. 15 eod., troviamo intromesse queste poche parole, estratte da un libro della massa Sabinianea.[4] Ciò serve a stabilire un fatto importante, che cioè la commissione *intera* portò, nel collocamento dello stesso, il suo illuminato consiglio. Se ci fosse dato ricostruire, almeno sostanzialmente, in che rapporto furono scritte quelle parole da Labeone,

istituti, essere stata vera solo in tempi anteriori, ai quali apparteneva la sua fonte. Un tal caso è rilevato dal Ferrini, *Legati*, p. 574, n. 1, a proposito del "plerique putant„ di Gaio, II, 198; in seguito ne sarà additato da me un secondo, per l'identica espressione del l. IV, 153. Tuttavia nella questione nostra anche un tale spostamento sarebbe irrilevante. Dacchè, nel fr. 16, D. 34. 3 il responso di Nerva e Atilicino accolto da Plauzio, presuppone, necessariamente, che la giurisprudenza tenesse ancora al significato rigoroso del "sinere„ = un *patire* da parte dell'erede senza obbligo ad una cooperazione. Il Ferrini, o. c., p. 5, n. 2; p. 14; p. 19, n. 2; p. 237, sembra che la pensi diversamente, volendo trovare già ne' giuristi repubblicani una più larga interpretazione della parola "sinere„ *anco* (arg. a cont. p. 19, n. 2) pe'legati. Nel testo però di Alfeno, fr. 29 locati, su cui il F. si poggia, l'interpretazione riguarda una *lex locationis*, cioè un patto di un contratto (bonae fidei) consensuale; nessuna illazione è quindi lecita per la stessa parola usata in un negozio giuridico con forma solenne. Il giurista, infatti, si esprime nel fr. 29 cit. assai cauto.

[1] Gaio, II, 197.

[2] Fr. 12 de R. I. (Paul ad Sab.)

[3] Sull'emendazione del testo proposta dal M., in seguito.

[4] Cfr. su questo Krüger, o. c. p. 163; n. 135 ed ivi citati.

guadagneremmo forse un prezioso indizio per la nostra ricerca. Spero che l'esame d'un'altra decisione ci preparerà la via.

III. Da Iavol l. II *ex poster. Labeon*, in ogni modo dunque dalla stessa opera,[1] abbiamo un responso riferentesi al legato di usufrutto fatto al conduttore. L'analogia di questo caso con quello della rimessione delle obbligazioni legata al colono è evidente. Il Lenel (Pal. Iavol. 175) infatti, che nel ricostruire il fr. 17 D. 34. 3. utilizzò il principio del fr. 16 eod., ha poi bene avvicinati i due responsi in esame. L'intimo rapporto deve essere qui seguito più da vicino.

fr. 30 § 1 D. de usu, etc. 33, 2

Colono suo dominus usumfructum fundi, quem is colebat, legaverat: *agat colonus cum herede ita, ut iudex cogat heredem ex locationis actione eum liberare.*

Dobbiamo noi credere veramente che fosse questo il responso di Labeone? Io ne dubito fortemente.

1. Innanzi tutto colpisce quella forma: agat... cogat. che tradisce la cancelleria imperiale. Il Mommsen, ad h. l., ha certamente fatto una bella correzione[2] scrivendo *aget*; ma è vero, del pari, che ha contro i manoscritti.

Intanto nel fr. havvi ben altro, che esclude assolutamente si possa il tutto riferire ad un giurista classico.

2. Alla domanda che più di tutto interessa il cittadino romano, di sapere cioè quale formula andrà egli a richiedere al pretore,

[1] È nota la questione sull'identità o meno dell'opera accennata nel testo con l'altra: *Labeo poster.* a Iavol. epit. Per l'affermativa sta la poderosa autorità del Lenel, P., vol. I, p. 294, n. 4; anche (H) Pernice, "Miscellanea zur Rechtsgeschichte und Textenkritik, vol. I, p. 44, n. 15„ che ammette solo una differenza, in quanto lo stesso libro sia stato estratto, con metodo diverso, da due compilatori. Tuttavia l'opinione contraria è rappresentata, con modalità diverse, da gravi autorità. Cfr. Bluhme, Zeitschrift für R. G., vol. 4, p. 318. Pernice (A), Labeo I, p. 80; Krüger, *Geschichte* p. 163.

[2] Infatti responsi che cominciano con un "aget„ non solo sono comuni, ma speciamente se ne hanno di Labeone: fr. 20 D. *de vi* 43, 16... agos unde vi; — fr. 60, § 2, D. *locati* 19, 2... agis nihilominus; — Pomponio, fr. 15, D. de condictione etc. 12. 4... ages cum Attio... e subito dopo citato Labeone.

non abbiamo nessuna risposta. Invece essa è evitata, come cosa di nessuna importanza, in una maniera tutta propria, precisamente come farebbe oggi un avvocato richiesto da un noioso cliente sulla strada: agat *ita*, ... ut iudex cogat. Il contadino di Roma sarebbe restato, dopo questo responso, meno istrutto di prima.

3. Di più; la liberazione dall'*a°* *locati* ha cambiato forse il colono in un usufruttuario? Certo che no. Egli avrebbe, in tale ipotesi, il godimento del fondo gratuito, qual conduttore, mai usufrutto; questo deve essere richiesto con un *a°* *in personam* per il *l. s. m.*, [1] o specialmente rivendicato se trattasi di *l. p. v.*

Tale responso non può essere dunque soddisfacente, come quello che non indica all' interessato i mezzi adatti per conseguire lo scopo.

4. Ma vi ha ancora lo « iudex cogat » che viene a colmare la misura. Dove sono questi mezzi coercitivi del giudice, così naturali come li presuppone il responso, nel d. classico? Dov' è la potestas dello iudex, una persona privata, di fronte alle parti? [2] In verità di recente [3] si sono dimostrati come prodotto de' compilatori non pochi fr. nei quali appare in iscena lo iudex, con poteri ed attribuzioni più o meno energici ed estesi, come ciò era naturale al tempo della compilazione, che non conosceva più le orme del processo classico formulare. [4] Il fr. 68. D. de rei vindicatione 6, 1 (Ulp. 51 ad Sab.) è, in questo riguardo, famoso ed a tutti noto. Una piccola raccolta può trovare qui posto: fr. 31 § 1 D. de

[1] Gaio, II, 213.

[2] Cfr. invece d'altri Pernice, Parerga, nella *Zeitschrift der Sav. Stift.* vol. 5, p. 38 e seg. specialmente p. 41, 48. È vero che nelle fonti è anche parola di un *iubere* in relazione allo iudex, in frammenti non sospetti, ma allora, come bene osserva il Pernice, c'è uno speciale mandato del pretore, che incarica lo *iudex* anche dell'esecuzione.

[3] Questo non era già sfuggito agli interpreti antichi, principalmente al Cuiacio.

[4] Non è qui il luogo di ricercare in quanto i compilatori avessero conscienza della procedura formulare. Certo anche gli *antecessori*, incaricati di compilare le istituzioni, hanno lasciato una testimonianza poco onorevole, nel contrapposto che è accennato nel § 16 I-IV, 3 fra l'*a°* *in factum* e l'*a°* *utilis legis Aquiliae*.

donat. 39-5 (Pap. Resp.) iudicem tamen aestimaturum eqs. dove la interpolazione, oltre che raccogliersi con certezza dal contesto e dalla forma, è poi comprovata dai F. V. 254; cfr, LENEL, Papin. 687 — fr. 84 § 13 de Legatis I « iudice imminente; cfr. FERRINI, Legati p. 29-30 — fr. 7 in f. D. 33-1 « sed interventu iudicis; » cfr. EISELE Zeitschrift der S. S. vol 13, p. 141; [1] fr. 44 D. 40. 4 « officio... iudicis... iussioni parere; PERNICE, Labeo vol. III, p. 24, n. 4, p. 175; — fr. 7, § 2 D. 2-8, GRADENWITZ. Interp. p. 66; — fr. 61 § 1 D. 23-3. GRADENWITZ. O. c. p. 73 seg: fr. 5, § 6 D. 7-6, GRADENWITZ. O. c. p. 97. — La serie potrebbe continuare a piacere.

5. Lo *iudex cogat* adunque nel nostro fr. appartiene ai compilatori, che riformarono qui tutto il responso di Labeone. Infatti lo stesso caso è trattato da Giuliano e la decisione che ci dà il giurista è correttissima, quanto è lontana da quella esaminata finora, per ogni verso. È vero che Giuliano tratta di un legato lasciato *per vindicationem*, ma tuttavia il raffronto è istruttivo, per rilevare quella correttezza che noi abbiamo desiderato nel nostro fr., in parecchie direzioni

fr. 34 § 1 D, de usufructu 7, 1 (Iul. 35 Dig.)

Si colono tuo usum fructum fundi legaveris, usum fructum *vindicabit* et cum herede tuo *aget ex conducto* et consequetur, ut neque mercedes praestet et impensas, quas in culturam fecerat, recipiat.

6. Labeone però nel fr. 30 § 1 cit. trattava la specie di un *l. s. m.*; doveva quindi limitarsi a designare quale condotta era imposta all'erede di fronte al colono legatario, e quali benefici quest'ultimo veniva a godere. Nel fr. 30 § 1 de Leg. III lo stesso Labeone (Labeo II post. a Jav. epit.), trattando di un *l. s. m.*, si limita a questo: respondi: heredem teneri sinere frui.

[1] Cfr. anche PERNICE, Labeo, vol. 3°, p. 29, 175.

IV. Il « reliqua quoque in iudicio locationis venire » ci resta ancora inesplicato.

1. Questa proposizione è impossibile potesse riferirsi al caso che abbiamo finora esaminato. Al colono cui è legato *per v.* o *s. m.* l'usufrutto del fondo che coltiva, non vengono rimessi i residui [1] della mercede che egli deve sino alla morte [2] del testatore. Nell'interpretazione dei legati i giuristi s'occupano spesso della destinazione di questi « reliqua colonorum », negando l'estensione del legato agli stessi, anche in casi più gravi, nei quali cioè l'espressione del testatore sembrava assai comprensiva: es. « fundum meum... ita uti est »; il responso di Scevola suona: reliqua quidem colonorum non legata ». [3]

E la ragione è facile a trovarsi; gli arretrati della mercede, dal momento della scadenza, si sono *separati* dal fondo e costituiscono un diritto a sè, precisamente (mi si permetta il confronto) come i frutti raccolti, dal momento della separazione, cominciano ad avere giuridicamente una esistenza autonoma.

Il testatore che desiderasse quindi versarli in vantaggio del legatario, deve farne menzione; e le fonti ce ne offrono parecchi esempi. [4]

2. Se il legato, invece, in favore del colono fosse concepito nella forma « quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere » la decisione è diversa. Allora non si tratta più d'un legato d'usufrutto del fondo, ma sibbene d'un legato dello insieme delle obbligazioni derivanti dal contratto di affitto.

[1] Sul significato tecnico che ha la parola " reliqua „ nelle fonti = residuo di debito, cfr, Scialoja, *Bullettino*, vol. I, p. 24, 25, nella bella spiegazione del " libello di Geminio Eutichete „ ove sono, insieme al nostro, citati molti fr. Per li altri scrittori cfr. Forcellini h. v. (Gaio, IV, 56, 62, 66).

[2] Naturalmente anche qui è luogo a controversia come pe'frutti. Su ciò Ferrini, o. c. p. 390 e seg.

[3] Scaevola, Dig. fr. 101, § 1, de Leg. III; riportato anche da Paul. ad Vitel. fr. 78 § 3 de leg. II.

[4] Paolo (Decret.) fr. 97, D. de leg. III; fr. 91, p. eod. (Papin. Respons.); fr. 27, p. § 1, D. 33, 7 (Scaev-Dig.); fr. 20 p. §§ 1, 3 D. eod. (Scaev. Resp.)

I « reliqua » senza dubbio sono compresi nel legato; il « dare oportet » si riferisce direttamente agli stessi. Questo si ricava anche chiaramente dal fr. 7 §4 D. 33, 3: (Ulp. ad Sab.) Liberatio autem debitori legata ita demum effectum habet, si non fuerit *exactum* id a debitore, *dum vivat testator*.

Questi principî sono elementari, tuttavia non era inutile il ricordarli. Noi siamo ora in grado di apprezzare pienamente [1] la ricostruzione fatta di questo fr. 17, con l'aiuto del fr. 16, dal Lenel, *Iavol.* 175.

[*Ei cui fundum in quinquennium locaveram, legavi quidquid mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere: reliqua quoque legata videri: nam*] reliqua quoque in iudicio locationis venire.

Essa si presenta a noi, sostanzialmente, irreprensibile; ma anche l'intimo rapporto di questa decisione con quella contenuta nel fr. 30 § 1 D. 33, 2, apparirà chiaro da quanto son per dire.

V. Per raccogliere infine i risultati dello esame dei diversi frammenti, ci resta a indagare il trattamento che essi subirono dalla commissione.

1. I compilatori arrivati al fr. 16, dall'esame del quale abbiamo prese le mosse, s'avvidero che riguardo al *l. s. m.* in favore del conduttore la giurisprudenza posteriore aveva fatto un passo avanti, ammettendo, in ogni caso, la liberazione dello stesso dall'*a°locati*. Far valere nell'opera legislativa ogni sviluppo della giurisprudenza era il loro ideale. Noi abbiamo però anche visto, che i mezzi dei quali si servivano erano spesso meccanici: cucire insieme diversi frammenti; rattoppare quà con quel materiale che era superfluo altrove o che loro capitava nelle mani, purchè riuscisse di mettere

[1] Nello stesso tempo abbiamo qui un esempio di quante considerazioni sono necessarie per provare la giustezza d'una ricostruzione. Poteva il Lenel nella sua Palingenesia abbandonarsi a tali giustificazioni? Sicuramente, noi non avremmo ancora un sì prezioso aiuto.

in armonia i frammenti consecutivi che avevano sotto gli occhi; questi erano i mezzi più spediti. Così si spiega:

a) Che nel fr. 30 § 1 D. 33, 2 fu fatto scomparire il responso di Labeone, sostituendovi quell'infelice *agat... iudex cogat.*

Si è visto che questa riforma non risolveva nulla, perchè lasciava fuori le questioni più vitali; il conduttore era, con i rimedi suggeriti, restato conduttore, non già divenuto usufruttuario.

Se i compilatori avessero capito lo sviluppo della giurisprudenza classica, che intendevano qui applicare, avrebbero dovuto dare, in quel caso, al colono l' *a°* *in personam* per la costituzione dell'usufrutto,[1] o, di più ancora, conforme allo sviluppo del d. giustinianeo,[2] la *vindicatio* dello stesso. Il fr. 34 § 1 D. 7, 1 di Giuliano, che ho riferito, poteva esser loro utile come esemplare.

b) Distrutto l'originale responso di Labeone, i compilatori sentirono il bisogno di salvare, per la loro importanza, le parole « reliqua quoque eqs » che furono trasportate in coda al nostro fr. 16, come completamento del responso di Nerva e Atilicino.

c) Per essere però questo attaccamento, fra i due fr. consecutivi (16, 17), più immediato, era necessario sacrificare dal fr. 16 la notizia dello sviluppo posteriore della prassi, cioè il periodo « et praeterea... » che venne incastrato nel fr. 18.

d) Nel fr. 16 intanto fu lasciata la motivazione « *totam* enim... » staccata dal suo contesto, perchè sembrò abbastanza suonante per avvertire, anche qui, l'interprete dello sviluppo che abbiamo visto. Naturalmente nel concetto dei compilatori bisognava che questi, invece di perder tempo a scrivere comentari, s'ingegnasse « suptili animo » a risolvere gli enimmi proposti. Queste le operazioni fatte dai commissari che diedero luogo a tutte quelle irregolarità.

2. Tale trattamento dei testi sembrerà forse assai meccanico, quale non si può supporre in una commissione legislativa. Ma pur

[1] Gaio, II, 213.
[2] C. 1, communia de legatis, VI, 43.

troppo assai di frequente il vero sta sotto apparenze inverosimili. Non si deve dimenticare che, in gran parte, il lavoro elevato dei giustiniani si riduceva appunto a questo; cioè a levigare i testi, metterli in armonia con qualunque mezzo si presentasse loro dinanzi. Qui Triboniano credè di ottenere tutto facendo eseguire ad un numero di fr. una evoluzione tattica con abilità degna di un Belisario; altrove si fè ricorso alle toppe, e così via di seguito. Io non pretendo del resto per le osservazioni fatte un valore superiore a quello di semplici congetture. Le irregolarità che ho rilevate nei diversi fr. esistono, nessuno ne dubiterà; se altri poi mi additasse spiegazioni più plausibili le accetterei di buon grado. L'operato de' compilatori intanto, potremo meglio giudicarlo in seguito, quando avremo più prove da far valere.

***

Fr. 7 D. de auro, argento etc. 34, 2. (Lenel. 1155) Si ita esset legatum: « vestem meam, argentum meum damnas esto dare », id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intellegeretur, si aliud comprehensum non esset: [nam cum dicit « vestem meam », « argentum meum », hac demonstratione « meum » praesens, non futurum tempus ostendit.] idem est et si quis ita legaverit « servos meos ».

I. Anche qui siamo di fronte a due motivazioni consecutive quia... nam. Non è però difficile il dimostrare che esse non avevano nel testo originale tale connessione, e che non appartengono entrambe alla stessa mano. Infatti, si osserva innanzi tutto che la prima motivazione « quia.... », concepita nella forma astratta di una regola, motiva, come tale, non solo la decisione che precede, ma ha una portata generale « *semper* ». Deve dunque apparire strano il vedere incalzare un altro motivo « *nam* », che ritorna al caso concreto, ripetendo in sostanza quello che era stato detto.

L'errore logico ha riscontro nella forma, nella consecutio temporum. La specie con la prima motivazione è presentata ipoteticamente e quindi col coniuntivus potentialis, che riprende di nuovo il suo corso nella fine del fr.: idem est si quis legaverit eqs. Nella seconda motivazione invece appare l'indicativo « *dicit.... ostendit* ».

Ma ciò non basta: questi due ultimi verbi si presentano senza soggetto; il lettore deve crearlo da sè (testator). Siffatto fenomeno è stato osservato dai critici in altri testi, [1] e si è additato come un segno evidente della interpolazione. Questa conclusione è, a parer mio, affrettata; bisognerebbe innanzi tutto dimostrare che i Greci fossero abituati a comporre le loro proposizioni senza subbietto. A me pare piuttosto evidente che, nel nostro caso, i compilatori hanno congiunte le due motivazioni, tagliando quegli elementi che nel testo originale precedevano la seconda. Con i presupposti di questa, scomparve anche il soggetto de' due verbi.

Noi sappiamo che tali riduzioni de' testi dei classici s'imponevano ai compilatori, e ne fu fatto largo uso. Le prove visibili non ci mancano. Spesso viene estratta una sola regola da una lunga disamina che il giurista faceva su di un dato tema; opinioni antiquate sono tralasciate, esempi ridotti, citazioni trascurate. [2] Per quest'ul-

[1] Cfr., per esempio, Ferrini, *Legati*, p. 247, n. 2; anche il Pernice (A).

[2] Di tale metodo i compilatori avevano già nelle raccolte anteriori degli esemplari. I *Frag. V.*, compilati con maggiore inettezza, offrono esempi a dovizia. Es. F. V. 50, all'ultima domanda che si rivolgeva il giurista (Paolo), non troviamo nessuna risposta, invece, con un taglio evidente della stessa, vien ripetuto quanto era stato assodato avanti " sequitur eqs. Le diverse emendazioni proposte su quest'ultima proposizione parlano anche chiaro per l'interpolazione.

Gli esempi tratti dai Digesti ci porterebbero all'infinito. Ne accennerò qualcuno de'più evidenti. Nel fr. 140, § 1, D. 45, 1, estratto dai *libri* di *Paul. ad Neratium*, la parte pertinente al giurista anteriore resta bruscamente interrotta; apud veteres varium fuit... *Paulus* - sed verius et eqs. La motivazione, per più riguardi speciosa, del fr. 11 D. 21, 1 (Paul. ad Sab.) sappiamo da Gellio. N. A. IV, 2 § 12 che si deve a Labeone. Paolo, per quanto più limitato che Ulpiano nelle citazioni, non poteva tralasciare qui di riferire l'autore d'una motivazione tanto originale, e per giunta, poco indovinata. Poichè la ragione per la quale " cui dens abest non est morbosus „ è evidentemente tutt'altra: tale difetto non porta alcun impedimento nel-

time confrontando, per esempio i fr. di Ulpiano ad Sab., che si trovano ne' Digesti, con quelli conservatici nei F. V. risalta subito la sproporzione. Dato il modo come il piano dell'opera fu concepito, tutto ciò era necessario. Ma in questa attività di selezione è evidente che i compilatori cercavano di conservare quanto più si potesse di sostanzialmente utile per lo scopo legislativo, in modo d'avere molto in piccola mole. Ad opera compiuta si mostrarono essi sodisfatti della riuscita, anche in questo senso. (Const. *Tanta* § 1).

Or è chiaro, nè poteva sfuggire ai commissari, che le motivazioni appunto, come quelle che contengono il concetto giuridico, il principio astratto, bisognava fossero quanto più risparmiate. Sembra anzi, di più, che i compilatori le ricercassero con predilezione; per questo noi le rincontriamo spesso appaiate.

Nel nostro fr. la seconda motivazione « nam » aveva sulla prima, concepita in forma astratta, il grande vantaggio di somministrare al giudice un criterio giuridico-grammaticale « meum si riferisce sempre al tempo presente ». — I compilatori doveano per questo pregio accoglierla con cura, date le condizioni della prassi che da più secoli s'era abituata a trattare con i testi meccanicamente.

II. Altra questione è poi se l'autore della seconda motivazione, che si trovava nel testo originale, sia Paolo.

Io l'affermo per diversi motivi:

A) Non è necessario spender parole per affermare che essa

l'attività dello schiavo, già nemmeno nelle sue funzioni animali, quindi nessun deprezzamento dello stesso, per trovar luogo i rimedi edilicii. Come mai dunque Labeone va a tirare quell'argomento *ad absurdum*, mettendo in iscena i bambini che nascono senza denti? Aveva pur Labeone, per relazione di Celio Sabino, dato del morbus, in rapporto all'editto edilicio, una definizione precisa, (cfr. Gellio IV, 2, § 3, la quale del resto era in germe in tutte le decisioni dei *veteres* in questa materia; cfr. Digesto h. t.)? Queste considerazioni hanno in me fatto nascere il sospetto che Labeone in verità, con quella motivazione, avesse voluto deridere l'opinione contraria di Servio, con una di quelle lepidezze, delle quali, come ci narra Gellio XIII, 10 § 3, aveva infiorato il suo commento ad edictum.

non si deve all'autore della prima, cioè a Plauzio. Da quanto si è osservato avanti, è ciò evidente;

B) Per riferirla a Paolo, invece, credo d'avere un grave indizio. Nel fr. 85 de leg. III, Pomponio (ad Q. M.) ci offre una preziosa notizia riguardante la nostra materia.

Egli accenna ad una costituzione al suo tempo [nuper] emessa dal Principe [Antonino Pio], la quale conteneva speciali considerazioni sul possessivo « meum » per l'interpetrazione dei legati. Dal seguito della relazione di Pomponio [et ideo elegans est illa distinctio] si rileva che la giurisprudenza procedè, a base di quella cost., ad analisi e distinzioni sul modo d'interpretare la parola « meum » in una disposizione di legato. È dunque assai verosimile che Paolo, utilizzando il risultato che s'era raccolto da tali dispute, avesse annotato la decisione di Plauzio. Di questa nota, come si disse, i compilatori conservarono solo la motivazione. [Cfr. anche Marciano. Reg. fr. 7 § 1 D. 29, 7];

C) Una osservazione linguistica sulla forma ' hac demonstratione ' può, insieme agli altri elementi che abbiamo, avere qualche valore, e confortare la nostra conclusione. Il sostantivo « demonstratio » ed il relativo verbo hanno nelle fonti, come è noto, tre applicazioni tecniche:

a) *demonstratio*, pars formulae. Gaio IV, 39 e seg. 58, 59.

b) *demonstrare fines* — Celso fr. 18 § 2 D. 41, 2 — Pomp. fr. 18, § 1, D. 18, 1 (3 volte) — Paolo fr. 12 D. 10-1.

c) *demonstrare* = designare con una circonlocuzione, descrivere, indicare con segni particolari invece che col nome. Nelle disposizioni testamentarie, dettate, spesso senza intervento di giuristi [1], da gente incolta queste perifrasi avevano una speciale importanza. La rubrica « de cond. et *demonstrationibus* D. 35,1 » riferentesi al

[1] Fr. 88, § 17, D. de leg. II. Scaevol. Respons.

diritto testamentario, sebbene fabbricata dai compilatori,[1] ci mostra tuttavia che essi trovarono nelle tre masse, tutte ben rappresentate nel nostro titolo, un ricco materiale. Se noi dunque ci troviamo di fronte ad un significato tecnico di quelle parole [sebbene altri verbi come: *designare*, *repraesentare* concorrono col *demonstrare* nella terza sua applicazione] non si possono stabilire de' confronti sull'uso che ne fanno i vari giuristi per trarne degli argomenti.

Le nostre parole però vengono usate, anche dai giuristi, con un significato più indeterminato: il verbo *demonstrare* cioè nel senso di un semplice indicare, esprimere; il sostantivo *d°* = parola, forma, espressione. Qui la nostra osservazione può essere utile.

Plauzio non l'ha mai; egli dice *illa verba* fr. 10 D. de leg. II. — *verbo restitutionis* fr. 81 D. 50, 16 — *commemoratione... conceptione*, fr. 56 D. 24, 3 — *significatum est* fr. 57 D. 23, 3. — Così Proculo: *significare* fr. 125, D. 50, 16 — fr. 16 § 1 D. 33, 6 *comprehendere* fr. 113 D. 45, 1 — fr. 48 de leg. II — fr. 46 eod — *ostendere* fr. 46 de leg. II. — Le forme in generale preferite dai giuristi sono: *hoc sermone*, *his verbis*... *significare*, *ostendere*, *declarare*, *exprimere*, *comprehendere*.

Papiniano F. V. 254 (cfr. fr. 31 § 1 D. 39, 5) *ea significatione... declaretur*. — Nelle costituzioni di Giustiniano ha anche il « *significare* » la preferenza; il *d^re* in questo senso non si trova mai, nè il sostantivo.

Paolo, va da sè, conosce tutte quest'altre forme; mostra però tale predilezione per il *demonstrare* che riesce spesso disaggradevole, oltre che vengono a soffrirne la precisione e l'efficacia del suo concetto: fr. 76 § 1 D. 45-1 (ad ed.)... qui stipulatur quidquid... *demonstrat* eam pecuniam quae iam debetur; quod si totam *demonstrare* vult eqs. — fr. 125 D. 45, 1 (Quaest)... haec stipulatio *demonstrat*. fr. 12 D. 37, 11 (Quaest) Ut scriptus heres adgnoscere

[1] Cfr. gli Indices Rubricarum in Lenel P. vol. II, p. 1247 e seg. e Pernice, *Labeo*, vol. III, p. 12, 13.

possit... exigendum puto, ut et *demonstratus* sit propria *demonstratione*[1]. fr. 10 § 16 D. 38, 10 pronepotem me *demonstrant* = appellant cfr. anche § 17 (Forcellini h. v. cita solo un esempio, di Paolo!) — fr. 8 D. 34, 2 (ad Plaut.) illa *demonstratio* « muliebria[2] » — fr. 81 p. D. 35, 1 (Quaest) sed ad necessitudinem *demonstrandam* pertinere. — fr. 19 p. D. 33, 7 (Resp.) fr. 9 § 5 D. 22, 6 (l. s. de iuris cet.) initium constitutionis... *demonstrat.*[3]

***

Fr. 37 D. de pigner. act. 13, 7 (Lenel, 1111). Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, *cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*

I. Di questo fr. mi occupai già a lungo, in altro scritto.[4] Per l'economia del lavoro dovetti però allora astenermi dall'entrare in tutti i particolari, ed un'altra parola la credo qui necessaria.

La prima parte del fr. fu da me attribuita a Plauzio, la chiusa a Paolo: a questo risultato arrivai, principalmente, per ragioni sostanziali. Le due motivazioni quia... cum, dicevo, sono in evidente contraddizione; la prima ha per base la teoria causale del possesso,

[1] Del resto Paolo non ha scrupoli a ripetere la stessa parola sin quattro volte, cfr. per esempio, fr. 24, p. locati 19, 2: comprehensum.

[2] La forma infinitiva " accedere eo „ nella conclusione di questo fr., indica già che Paolo riferisce ancora la opinione di Giavoleno; il modo indicativo, invece del congiuntivo, della proposizione dipendente non si può nemmeno richiamare contro. (Cfr. su questo Kipp, K. Vierteljahreschrift N. F. vol. 14, p. 513 e seg.) Ma, anco convinto di ciò, non mi pare necessario ammettere che Paolo riferisse ad verbum l'opinione di Giavoleno. Per gli argomenti e le prove portate nel testo, in quanto alla forma " illa demonstratio „ non è, credo, un azzardo riconoscere qui un po' di corteccia Pauliana. (Cfr. in generale anche Kipp., l. c. p. 510, 518 sulla fedeltà delle citazioni).

[3] Certo, anche gli altri giuristi dell'epoca postadrianea non sono del tutto esenti di questo uso del *demonstrare* in senso comune ed improprio; ma nessuno si può paragonare in ciò a Paolo.

[4] *Archivio giuridico*, vol. 50, p. 270 e seg.

l'altra la subbiettiva; la prima risponde allo stato della teoria del possesso presso i giuristi più antichi, la seconda allo sviluppo posteriore dell'istituto, compiutosi già con Celso figlio. Su questo non è necessario più ritornare.

La questione, invece, che qui si presenta è: perchè si deve escludere la possibilità che la seconda motivazione sia integralmente un prodotto de' compilatori, malgrado la contraddizione, malgrado che si trovi attaccata alla prima in una maniera così infelice?

Col metodo di critica, praticamente per lo meno, oggi invalso nei due dati suddetti, si avrebbero già gli elementi necessari e sufficienti per affermare l'interpolazione. Io la escludo, e se gli esempi finora presentati, ne' quali abbiamo potuto osservare più da vicino l'attività de'compilatori, che trattavano i concetti de'giuristi romani come pezzi di mosaico, se quelli esempi, dico, hanno qualche valore, non si dovrebbe la mia asserzione trovare arbitraria.

Già forse sarà utile che io ricordi, in questo punto, al lettore due celebri frammenti paralleli, estratti da Iavol. l. VI ex post. Lab. che sono, per le nostre osservazioni, oltremodo istruttivi. Essi sono, per ventura, eloquentissimi e sarà sufficiente che io li trascriva.

fr. 80 D. *de iure dotium* — Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum ait Labeo. falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.

fr. 83 *eod.* Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, *non* posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.

La seconda redazione fu elaborata dai compilatori.[1] L'opposi-

[1] Cfr. Pernice (A) Labeo, vol. I, p. 79 — Lenel, Iavol. 222 — Pernice (II) Miscellanea cit. p. 44, n. 15 in fine, vede in questi due fr. una prova per la sua opinione, che ritiene l'opera epitomata da Giavoleno sia stata estratta, con metodo diverso, da due compilatori.

zione di Giavoleno venne fusa col testo di Labeone, perchè il fr. potesse figurare nitido nella compilazione. Ed identica fu l'attività, lo stesso lo scopo de' compilatori nel rimaneggiare il nostro fr. 37. L'opposizione, o la disamina che fosse stata, ingiunta da Paolo al testo di Plauzio fu fatta scomparire. Si conservò invece la motivazione come quella che portava in sè una regola giuridica, che aveva tutta la desiderata semplicità e che, senza dubbio, formava già parte del patrimonio scientifico dei giustiniani. Essi però non s'avvidero della contraddizione che creavano nel testo, e noi non possiamo meravigliarcene. Un tale metodo di riportare i testi classici raccorciati, conservandone tuttavia, quanto fosse possibile, le stesse parole, non era sempre facile; nè poteva, del pari, essere il risultato sempre felice.[1] In ispecie per il fr. 37 non era da potersi cogliere al volo la portata delle parole di Plauzio, nella motivazione « quia », come lo mostra già il fatto che la stessa è restata finora inesplorata. Che dire poi della commissione giustinianea tanto frettolosa?

II. Un'altra osservazione cade qui a proposito.

Il fatto che nella maggior parte dei fr. estratti dai libri di Paulus ad Plautium, ed in generale dai *libri ad*, *ex*, manca il nome del giurista che aveva annotato il testo, si è voluto attribuire a difetto dei manoscritti usati dai compilatori.[2] Da altri invece si ritiene che la commissione l'abbia il più delle volte soppresso.[3] La prima ipotesi, non essendo possibile un controllo, resta una congettura arbitraria. Quelle poche osservazioni, anzi, che possiamo fare ne' manoscritti del periodo postclassico a noi pervenuti depongono direttamente contro. Così, mentre ne' Digesti è scomparsa ogni distinzione fra il testo e le elaborazioni posteriori dei libri di Sabino, nei *F. V.*, che sono poi anche questi

[1] Nei F. V., s'è detto, si riscontrano casi ancora più deplorevoli; cfr. fr. 50 in fine, fr. 320, e con questo cfr. fr. 1 D. III, 2.

[2] Krüger, o. c. p. 159, n. 111.

[3] Lenel, Palingenesia, vol. II, p. 13, n. 1; (pei libri ad Sabinum cfr. vol. II p. 187, n. 4). Ferrini, Rendiconti cit. p. 902.

una compilazione, troviamo una nota che porta il nome di Ulpiano.[1] Si deve dunque accogliere l'altra spiegazione; ed allora si offre spontanea la domanda: per quale ragione hanno i compilatori in un punto rispettate e trasmesse le indicazioni che dava loro il manoscritto, e poi in altro punto le hanno trascurate? Senza dubbio, in gran parte, sta questo in relazione col metodo usato dalla commissione nel fondere i testi. Dacchè i compilatori allora miravano appunto a fare del fr., o meglio del suo contenuto, una unità, e piaceva loro che questa non venisse turbata esteriormente. Ma ancor di più, in alcuni casi la eliminazione dei nomi de' giuristi era necessaria; così, nell'esempio dei due fr. di Giavoleno citati, tagliate le parole « falsum est » doveva anche scomparire il « Labeo ait, » perchè nella nuova redazione era contenuta la decisione di Giustiniano, in una vertenza fra due giuristi.

Il risultato di queste osservazioni è, (ciò che del resto è risaputo) che in queste opere *ad*, *ex* il limite che separava il testo dal commento è stato spesso distrutto, e solo un' indagine complessa e fortunata può, qualche volta, riuscire a rintracciarlo.[2]

[1] Ulp. l. 46 ad Sab. — *F. V.* 269 — Che ne' *F. V.* quello che precede la nota di Ulp. sia un glossema " quo fragmenti argumentum indicatur „ (Lenel. Ulp. 2903, n. 4; Mommsen, ad h fr.) non interessa qui. Cfr. la ricostruzione fatta dal Lenel, l. c, per mezzo del fr. 34, D. 23, 3.

[2] Nel fr. 3, § 2, D. de aqua cott. et aest. 43, 20 ha lo Scialoja, *Bullettino*, vol. II, p. 189 e seg. con una tale indagine, distinto la parte che era contenuta nell'opera di Sabino da quanto vi aggiunse Pomponio, appianando così il senso del fr. e mettendo in luce splendidamente la portata di quelle distinzioni. In altri fr., e ricorrono spessissimo, il nesso delle idee, la opposizione evidente fanno discernere senza difficoltà il testo dall'aggiunta: così, per esempio, nel fr. 16, § 1, D. pro socio, Ulp. 30 ad Sab. le parole " sed sane potest dici eqs. „ sono di Ulpiano. Il fr. 4 D. pro emptore. *Iavol II ex Plaut.* dalle parole " quod ita verum esse „ in poi appartiene a Giavoleno; la prima proposizione è possibile sia stata scritta da Plauzio. I compilatori per rendere il fr. nitido avranno potuto mutare il *respondi* in *responsum est*, e cancellato quindi i nomi de'giuristi. Cfr. in generale le osservazioni dello Scialoja (l. c.) e del Kipp nella recensione citata. Nel fr. 29 D. 41, 3. Pomp. ad Sab — la proposizione " ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit „ è

III. Uscendo ora dal campo degli argomenti generali, ritorno al nostro fr. e spero mi riuscirà di aggiungere ancora una prova più diretta per escludere che la motivazione *cum* sia fattura dei compilatori.

È noto a tutti quanta predilezione avesse Paolo per l'elemento *animus* nell'istituto del possesso. La chiusa del fr. 37 si attaglia alle sue idee perfettamente. Anzi, se noi prendiamo due altre motivazioni che si trovano ne' Digesti, una appartenente allo stesso Paolo, l'altra a Pomponio, e le sommiamo insieme aritmeticamente, avremo per risultato la motivazione *cum*.

Fr. 1 § 20 D. 41-2 Paul ad ed. Qui il giurista insegna, che chi apprende il possesso di una cosa *alieno nomine* non possiede:

quia non habeat animum possidentis.

Fr. 15 § 4 D. de precario. Pomp. ad Sab. È ammessa la simultaneità del possesso del *precario rogans* e del *dans*; per quest'ultimo Pomponio soggiunse:

+ quia non discesserit animo possessione. [1]

intromessa, come risulta dal contesto, e la forma ita... hoc tradisce la mano di Pomponio. Invece nel fr. 19 D. 41, 1 Pomp. ad Sab, l'inciso "sed licet ei minime adquirit (sic), attamen, si voluntas evidens testatoris appareat, restituendam esse ei hereditatem„ sta in contradizione con quello che precede immediatamente, scritto da Pomp. e la forma è degna de'compilatori; confr. anche Lenel. Pomp. 414.

[1] Lo Scialoja, *Bullettino*, vol. 2, p. 177, 178, confrontando questo § con la notizia data da Paolo nel fr. 3 § 5 D. 41, 2, lo rivendica integralmente a Sabino. Questo sarebbe contro le conclusioni da me fatte altrove, nelle quali riferivo ai Sabiniani la perseveranza nella teoria della causa per il possesso, abbattuta poi dai Proculeiani. È pero evidente che se Pomponio prese il principio dal suo esemplare, come è innegabile, nessuno elemento abbiamo poi per affermare lo stesso della motivazione. Un accenno all'importanza dell'elemento spirituale nel possesso non si trova in Sabino, nè presso i suoi seguaci. Giuliano nel fr. 19 p. D. de precario, ammette anche un compossesso (arg. a cont.) ma decisiva è per lui la natura della *causa*, "nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt„ seguendo, precisamente, la dottrina di Trebazio (fr. 3 § 5 D. 41, 2). Il precario dans e il rogans sono fra loro ne'rapporti di p. iustus e p. iniustus, questo determinava Sabino ad ammettere la simultaneità del possesso. Fra il creditore pignoraticio ed il debitore gli effetti del possesso erano divisi; anche qui la causa efficiente era il contratto, nè si può spiegare altrimenti il fr. 16, D. 41, 3 (Iavol. ex Plautio). Resta dunque come risultato che Pomponio, nel riferire il principio che trovò ne'libri di Sabino, lo colorì, motivandolo con le nuove idee. E questa non è una singolarità;

La somma di queste due motivazioni è evidentemente uguale a quella del fr. 37.

= Cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi,

Quest'ultima dunque risponde alle idee di Paolo, alla opinione dominante nel d. classico posteriore, e si deve, sino a prova contraria, ritenere per classica. Non ultimo argomento poi si aggiunga, che la mano de' compilatori, la quale si rivela spesso in una sola parola, non apparisce affatto in essa, per costruzione e lingua, degna de' giuristi classici.

IV. Ma fra i testi del Digesto che fanno menzione dell'*animus possidendi* come requisito del possesso, e quasi con le stesse parole surriferite di Paolo nel fr. 1 § 20 D. 41-2, ve ne ha ancor uno, da me finora non considerato. Ciò richiede una giustificazione, tanto più che io additai anzi espressamente Africano, il

auch bei dem Referat lehrt die Erfahrung, dass schon die Wiedergabe fremder Ansichten von der subjectiven Auffassung des Referenten häufig genug in etwas gefärbt wird „; specialmente i giuristi compilatori, come Pomponio, offrono ricco materiale per controllare la esperienza accennata dal Kipp. (l. c. p. 502, cfr. anche p. 507 e seg. per le motivazioni p. 532 e seg.). Un esempio dagli stessi libri di Pomp. ad Sab. sarà opportuno: fr. 6 D. 41. 2 (Pomp. ad. Sab.) Qui, cum pro herede vel pro emptore usucaperet, precario rogavit, usucapere non potest. Questo principio potè bene essere scritto da Sabino; nè era necessaria una motivazione, essendo una conseguenza di principii elementari. (Cfr. anche Marcello. Dig. fr. 19 p. D. 41. 2 e Venulejo fr. 22 p. D. de precario). Tuttavia noi vi troviamo attaccato un periodo rimbombante " quid porro inter eas res interest, cum utrubique desinat ex prima causa possidere, qui precario *vult habere?* „ Tutto questo fracasso, per dire un bel nulla, è fatto da Pomponio; il quale, come si rileva dalla relazione di Ulpiano nel fr. 10 p e § 1 D. 41. 2, aveva approfondita questa materia e passava per un'autorità. — Il § 1 dello stesso fr. 6 fu da Pomponio ricavato da Giavoleno (ex Plaut) fr. 4 D. 41, 4 (su questo fr. cfr. la nota precedente) — Nel § 2 Pomponio ha aggiunto le parole: sed ita hoc, si nemo eum possedisset; cfr. Iavol. fr. 20 D. 41, 3. Con le parole di Sabino cfr. Nerazio (Reg.) fr. 40 D. 41. 3, che si esprime più deciso. — Infine, ritornando al fr. 15, § 4, D. de precario, la relazione della controversia (an... dubitatum est), e la notizia di una opinione già stabilitasi (placet autem), si addice meglio a Pomponio che a Sabino, il quale di fronte a Labeone, fu probabilmente il primo a difendere tale compossesso. (Questo punto so bene che è controverso, a me sembra però che la opinione di Labeone, col suo concetto materiale del possesso, non poteva adattarsi a nessuna forma di compossesso).

preteso autore di quelle parole, come un seguace della teoria della causa, sulle orme del suo maestro. [1]

Io alludo al fr. 41 D. de rebus creditis (Afric. Quaest.).

Il noto detto « lex Africani, ergo difficilis » fu dagli antichi interpreti [2] ripetuto anche a proposito di questo fr., ma io credo a torto. Dacchè, in sostanza, esso non contiene alcuna decisione nuova; altri testi delle fonti, specialmente dello stesso Giuliano, ci mettono in grado di controllare tutte le singole disamine. [3] Vero è solamente che il fr. è ricco di materiale, di raffronti, e ciò può, a prima vista, portare qualche difficoltà. L'esame dunque posso io concentrarlo sul solo punto che qui interessa, se cioè le parole che fanno cenno dell' animus possidendi appartengono al testo genuino di Africano. È necessario però riassumere i presupposti della quaestio.

« In Roma si è recitato il testamento di un Tizio, nel quale il servo Stico, preposto ad una azienda in provincia, è beneficato della libertà, ed insieme istituito erede *ex parte*. Si chiede cosa ne sarà mai di tutti quegli atti compiti da Stico, ignaro della sua condizione, dopo la morte del padrone.

Per la sorte de' nuovi crediti, in ispecie, il giurista distingue: Nel caso che le parti, contente dell'obbligazione nascente dal contratto reale, si fossero arrestate alla sola numeratio, per la quota che i coeredi hanno in quel denaro, non segue alienazione, quindi riguardo alla stessa non avvi un mutuo. Che, se è intervenuta una stipulazione, trovandoci allora di fronte ad un negozio giuridico

[1] *Archivio giuridico*, vol. 50, p. 276.

[2] Cfr. Duareno, *Opera*, p. 883: Alciato, *Opera* ad h. l. p. 427 e seg.

[3] Per le singole questioni, nell'ordine che si presentano nel testo del fr. cfr. infatti: Giuliano (Dig.) fr. 32 D. de solution. — Ulpiano (Disput.) fr. 49 D. familiae ercis. — Giuliano (Digest.) fr. 2 § 6 D. de donat — Papiniano (Quaest.) fr. 18 § 2 D. de stipulat. serv. — Paolo (ad Plaut.) fr. 47 D. de O. et A. — Paolo (Regul) fr. 16 D. de stipul. serv. — Paolo (Regul.) fr. 58 D. de adq. v. om. hered. — Africano (Quaest.) fr. 40 D. de adquir. r. dom. — Giavoleno (ex Plaut.) fr. 34 D. de stipul. serv. — Per la letteratura, cfr. le opere citate nella nota precedente; Cuiacio, *Opera*, vol. I, p. 1441. Glück, *Serie dei libri* 14, p. 264 e seg.

formale, la decisione del tutto penderà dal modo come Stico ha concepita la stipulatio. Poichè, se stipulò in favore del suo padrone, già morto, nominatamente, senza dubbio l'atto è nullo; « quod si sibi dari stipulatus esset (continua il giurista, sviluppando la seconda ipotesi che a noi interessa) dicendum hereditati eum adquisisse: sicut enim nobismet ipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni servi bona fide serviant, adquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria adquiri. post aditam vero a coheredibus hereditatem non aeque idem dici potest, utique si scierint eum sibi coheredem datum, quoniam tunc non possunt videri bonae fidei possessores esse, *qui nec possidendi animum haberent*, quod si proponatur coheredes eius id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint, potest adhuc idem responderi. »

La questione è giuridicamente semplicissima, in quanto i principii che regolano l'acquisto per mezzo del servo altrui, o dell'uomo libero, che servono ad un terzo in b. f., sono generalmente noti. Se Stico ha stipulato in suo nome trovano applicazione quelle norme. Egli acquista durante la giacenza dell'eredità, alla stessa; dopo l'adizione l'acquisto è, d'ordinario, escluso in vantaggio dei coeredi, perchè manca in essi la buona fede. Questa condizione, ne' casi [ex duabus causis] dove tali acquisti possono aver luogo, è indispensabile, una quantità giuridica necessaria; [1] perciò il giurista si ferma all'analisi di questo punto; la ricerca dell'esistenza o no della buona fede, dalla quale pende tutta la decisione « utique si scierint... quod si proponatur... id ignorasse... Nel caso primo, consapevoli gli eredi della condizione di Stico, un acquisto in loro favore non c'è: quoniam tunc non possunt videri bonae fidei possessores esse ». E qui è detto tutto, la causa della decisione è per noi esaurita.

Il testo invece continua: *qui nec possidendi animum haberent.* Ma donde discende che gli eredi non avranno nemmeno l'animus possidendi? In che rapporto sta questa congettura, diciamola così,

[1] Cfr. Ulpiano Reg. XIX, 21 — Gaio II, 92; III, 164; fr. 10 § 4; fr. 19; fr. 23, D. 41, 1; Paolo, fr. 1 § 6 D. 41, 2.

con la proposizione antecedente? Si tratta d'una impossibilità psicologica, o d'una così detta impossibilità morale?

La risposta a tutte queste domande è una: « quelle parole sono nel testo un non senso, nè possono appartenere ad un giurista classico ». Infatti:

Le due proposizioni dipendenti sono logicamente in aperta pugna. La *bona fides* è una forma, una qualità della *possessio;* e si presuppone quindi, necessariamente, quante volte alla stessa si pensa, la esistenza della materia. Or il giurista, che si richiama per motivare la sua decisione alla assenza nel subbietto di quella data qualità, ha con ciò, implicitamente, ammesso come esistente la materia cui questa qualità dovrebbe riferirsi, cioè, nel nostro caso, il possesso. Sarebbe affatto ridicolo se alcuno sentenziasse in tal guisa: « Non è un diligente proprietario Tizio, che non ha proprietà di sorta; » oppure « Non è un debitore in mora Caio, che non ha debito alcuno ». Le nostre due proposizioni sono coordinate appunto come queste, e fanno dire al testo in esame una simile sciocchezza: « non si possono ritenere allora possessori di buona fede i coeredi, che non avrebbero l'animus possidendi = che non sarebbero possessori ». Come argomento a fortiori, è chiaro, il concetto avrebbe avuto bisogno d'altro costrutto, nè si può affatto riconoscere. Inoltre, noi ci troviamo qui di fronte ad una quaestio. La discussione procede secondo son poste le diverse ipotesi. Or da dove si ricava che chi entra una eredità, consapevole che quel dato uomo non fa più parte del patrimonio del defunto, perchè libero, per ciò stesso, non avrà più l'animo di possederlo? Se non si tratta di elementi di fatto raccolti da un caso concreto, altra spiegazione non resta che l'impossibilità psicologica.

Uno scoliaste infatti sentì bene la portata della nostra proposizione ed esclama: quomodo enim coheredem suum possidere potest *quem scit liberum?* [B. vol. 3, p. 315 - Fabroto].

Come si vede, è impossibile.

Tuttavia so bene che gli argomenti logici, da soli, non sono

nella nostra materia sufficienti. La origine spuria di quelle parole deve essere dimostrata ancora « evidentissimis probationibus » con le stesse decisioni dei giuristi romani.

È lo stesso Africano, negli stessi libri quaestionum, che tratta la nostra specie.

Fr. 40 D. 41, 1.

Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat, an aliquid per eum adquirat. non esse *ait*, ut hic bona fide possessor videatur, *quando sciens liberum possidere coeperit.*

Il responso di Giuliano, qui direttamente attestato, (non esse ait) è conforme agli argomenti da me sviluppati. La decisione, correttamente, poggia tutta e solo sulla mancanza della bona fede; una congettura sull'animo dell'erede non v'è, anche perchè non interessava saperlo; non v'è, perchè non si può dedurre astrattamente. L'ipotesi della esistenza del possesso è anzi, come dev'essere, la base della quaestio: *possidere coeperit.* Nel seguito del fr. poi, nel quale ci ravviciniamo ancor più all'ipotesi posta dello Stico, segue il giurista, con lo stesso ordine d'idee:

et circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam ut, sive proprii sive alieni vel legati vel manumissi testamento fuerint, *nihil per eos heredibus*, *qui modo eorum id non ignorarent*, adquiratur.

Così parla Giuliano, così riferisce il suo discepolo.

Negli stessi termini si esprime Giavoleno (ex Plautio).

Fr. 34 D. 45. 3.

... nihil debebitur heredibus, si modo scierint eum testamento manumissum, quia non potest videri *iustam servitutem servisse iis*, qui illum liberum esse non ignorabant.[1]

[1] Nel seguito del fr. Giavoleno esamina l'altro caso del *liber emptus;* qui la scienza del compratore esclude il possesso, " ne possidere quidem eum potest videri „ ma l'impossibilità è giuridica, la psicologia non ci ha che vedere; cfr. fr. 6, p. D. 18, 1.

Il Cuiacio, Opera, vol. I, p. 1441, ha messo in un fascio le espressioni di questo fr. di Giavoleno, con quelle del nostro fr. 41 in esame.

Questi confronti dovrebbero levare ogni dubbio. Le parole « qui nec... » nel nostro testo non furono scritte da Africano, ma furono accolte dopo. Nemmeno si debbono riconoscere per fattura de' giustiniani, dacchè non vi ha nessun indizio. L'operato de' compilatori, s'è visto, non è del tutto misterioso. Noi ci troviamo qui di fronte ad un glossema [1] fatto da una persona ingenuamente onesta, che, nella candidezza della sua coscienza, non credeva possibile, che tali coeredi, pur sapendo il servo libero e loro eguale, potessero perseverare nella volontà di possederlo.

Tuttavia, se le parole del nostro fr., che ricordano l'animus possidendi, non possono più venir citate, come s'è fatto finora, [2] per trovarsi cioè un appoggio alla teoria subbiettiva in Giuliano ed Africano, non è il loro valore zero, come potrebbe sembrare.

Insieme a tutte le altre testimonianze che abbiamo dal d. classico postadrianeo, non che dai greci, le stesse, appunto perchè intromesse a sproposito da una mano inetta, ci dimostrano, che, nella pratica del periodo che precesse la compilazione, l'animus possidendi era divenuto il domma dell'istituto del possesso.

I risultati che io presentai nel mio lavoro ricevono così, anche da quest'ultimo esame, una nuova conferma.

[1] Io parlo d'una glossa ed intendo così anche escludere ogni possibilità che le parole in questione siano entrate nel testo in una posteriore elaborazione di questi libri, fatta, come pretende il KALB, *Romejuristen*, p. 66 e seg., nel principio del sec. III.

Questa è una delle solite e gravi conseguenze, a cui perviene il K. col suo metodo di ricerche. Cfr., anche contro, SCHULZE, l. c. p. 114 e seg. Dacchè, se il Kalb avesse riletti quei libri, dopo raccolte le prove per la sua tesi, avrebbe trovato propria ad Africano una abbondanza morbosa di avverbi e congiunzioni, che rispecchia esattamente la personalità del giurista, il quale stenta a mettere assieme gli insegnamenti del suo maestro. Noto come esempi: utique, si modo, quod = quia; la serie dei tunc quia, t. magis, quoniam t., t. enim; forte etc. L'oscurità proverbiale ne è un effetto; e gli stessi compilatori ebbero per le Quaest. di Africano più rispetto che per le opere di Papiniano!!

[2] Per esempio dal KUNTZE, *Zur Besitzlehre etc.* p. 19.

***

Per sollevarci lo spirito sentiamo ora come parla Giustiniano. Fr. 14, § 2, D. 10, 3 Lenel 1087.

Si conveniat ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.

I. L'impronta della mano dei bizantini è segnata qui, non che nello stile, in ogni frase, in ogni parola:

a) Si ....manifestissimum est: sin autem.... quod etiam... [cfr. EISELE *Zeitschrift der Sav. Stift.* vol. XX, p. 15 e seg.];

b) *Huiusmodi* è forse la parola più frequente nelle costituzioni di Giustiniano. Cfr. invece d'altre la C. 30; II, 3. h. pacta, h. pactiones, 5 volte. Per questa parola additava il fr. come sospetto il KALB - Romsiuristen, p. 8.

c) *Nullas vires habere*, invece del sing. *vim*, *vigorem*, sebbene si trovi anche ne' giuristi classici [Gaio II, 144, 244; IV, 44; F. V. 55, 312 (anno 293); Paolo (*Respons.*) fr. 2, § 1, D. 49, 8] è anche dello stile giustinianeo [1]; cfr. C. 17; IV, 21 — C. 12, § 3; IV, 21 — C. unica in f. de rei ux. act. V, 13 — C. 13, § 1; V, 51 — C. 5 p.; VI, 27.

d) Quod etiam *ipsius rei qualitati prodest* — a parte la « qualitas personarum » delle C. 12, § 1; III, 31 — C. 12, § 5; IV, 1 — cfr. specialmente la C. 2, § 7; II, 58 « quemadmodum et *ipsa rei qualitas* suggesserit. »

e) Nella seconda parte del fr. manca la corrispondente congiunzione negativa *ne;* noi siamo costretti ad indovinare quello che si voleva dire. Il Gotofredo infatti (ad h. l.) proponeva, se non si volesse intendere altrimenti il §, una emendazione del testo.

II. Peggio ancora poi se ci rivolgiamo alla sostanza del §. Il « quod etiam ipsius rei qualitati prodest » costituisce una limita-

[1] Tuttavia anche più frequente è in Giustiniano il classico " pro nihilo esse „.

zione alla validità del pactum ne intra certum tempus res dividatur, che è tanto conforme allo spirito della commissione giustinianea, quanto è virtualmente ingiustificata.

Il principio del diritto romano « nulla societatis in aeternum coitio est » (fr. 70 D. pro socio) non proveniva da considerazioni economiche, d'utilità. Gli antichi erano ben coscienti che la associazione delle forze agevola qualunque amministrazione od impresa, e che, anzi, per quest'ultime, è spesso una condizione indispensabile. Quel principio emanava invece da ragione giuridica. Un tal legame che si perpetuasse negli eredi, all'infinito, era inconciliabile col principio della libertà individuale; col concetto fondamentale delle obbligazioni che aspirano, per propria natura, ad essere sodisfatte, a morire; era infine inconciliabile col contenuto del dominio su di una cosa, paralizzandolo nella sua essenza, nella libera disposizione dell'obbietto. Noi sappiamo infatti che fino a Sabino, per lo meno, al socio che fosse obbligato a restare per un tempo nella comunione era negata la libera disposizione della sua parte.

Fr. 16, § 1, D. 17, 2 Ulpian. 30 ad Sab.

Qui igitur paciscitur ne dividat.... nec vendere poterit, ne alia ratione efficiat, ut dividatur.

Il seguito del fr. sembra una nota di Ulpiano: sed sane potest dici venditionem quidem non impediri eqs.

Paolo (ad Plaut) nel fr. 14, § 3, D. X, 3 rileva tale facoltà del socio espressamente « quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non est dubium. »

Sembra dunque, dalle espressioni di questi ultimi giuristi, che si trattasse di un'interpretazione più benigna e recente.

La convenzione, invece, fatta fra i soci di lasciare la cosa indivisa per un certo tempo, non poteva giuridicamente incontrare alcun ostacolo. Essa era ammessa, e, che io mi sappia, i romani non intesero mai il bisogno di rilevarlo espressamente. Che valore ha dunque quella limitazione del *prodesse ipsius rei qualitati?*

Questo tentativo fatto dai compilatori pare non avesse trovato presso i greci stessi buona accoglienza; dacchè quella limitazione venne nel testo e negli scoli dei Basilici interpretata come una motivazione: B. 12, II, 14 « quoniam et rei prodest; *scolio 4* » quia saepe rei ipsi expedit. *Heimbach.*[1]

Come vennero mai i compilatori a stabilire un tale principio? Anche qui la risposta è facile: esso discende da tutto un sistema prestabilito dalla commissione, di fare entrare cioè negli istituti giuridici questo requisito della utilità concreta, nella buona fede di migliorare il d. romano improntando la loro opera a sapienza legislativa. Nell'istituto della *cura furiosi* questo concetto appare realizzato con scrupolosità, e si possono rilevare una serie di frammenti che si rischiarano a vicenda:

fr. 20. D. de novat. 46, 2 — (*Paol. 72 ad ed.*).

si hoc pupillo expediat.

fr. 34, § 1, D. eod. (*Gaio*).

si hoc furioso vel prodigo expediat.

fr. 17, D. de curat. furioso et 27, 10 (*Gaio*).

nisi *ex magna utilitate* furiosi hoc cognitione *iudicis* faciat.

(Cfr. anche Lenel, Gai 476; luogo a dubbio però non vi ha, anche per la forma).

fr. 11, D. eod. (*Paul. ad Plaut*).

si utilitate furiosi exigente id fecit.

C. 2 de curatore furiosi V, 70 (*Gordiano a. 238*).

si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est. [2]

[1] Con riferimento alle parole del nostro fr. tuttavia i pandettisti attribuiscono validità al pactum ne dividatur " sofern „ sia vantaggioso a determinati interessi o bisogni. Dernburg, *Pandette*, vol. I, § 197, n. 16. Windscheid, *Pandette*, vol. II, § 449, n. 14. De lege lata non avvi, al certo, a ridire.

[2] L'interpolazione in questo rescritto comincia già con le parole " utilem tamen adversus eum personalem actionem eqs. „ come si rileva chiaro dal contesto. Sappiamo poi abbastanza quanto i compilatori abbiano rimaneggiato i testi di questo istituto. In altra direzione p. es. cfr. Alibrandi, *Bullettino*, vol. II, p. 151 e seg.; a tacere delle parole " legitime „ legitimo modo „, riferentisi alla Oratio Severi (a. 195), inserite

Se un dubbio potesse nascere riguardo a qualcuno di questi fr., sarà diradato in seguito nell'esame del fr. 11 cit.

Nel nostro istituto stesso poi non mancano altre analoghe interpolazioni. È del bel numero la limitazione inserita nel fr. 26, D. 8, 2 (Paol. ad Sab.)

si modo toti societati prodest opus tolli. [1] Cfr. anche LENEL. Pauli 1880.

III. L'esame di tutto il fr. viene infine a comprovare quanto s'è detto. Paolo in esso concentra la sua disamina sul « quid in iudicium communi dividundo venit. » [2] Da questo cómpito non si allontana. Solo il § 2 forma un intruso, dando una regola generale sulla validità o meno di una convenzione frà soci.

È facile anche indicare l'occasione che suggerì ai compilatori il pensiero di enunciare quella regola.

Nel § 3, che segue immediatamente, Paolo veniva ad esaminare la posizione del successore particolare d'un socio nel *iudicium c. d.*, per completare la sua indagine.

Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non est dubium: *quare* emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur.

In questo accenno al pactum ne.... i giustiniani trovarono l'ispirazione per fabbricare, attenendosi, come di solito, alle parole

nei fr. di giuristi d'ogni tempo. Di quest'ultime anzi qualcuna è ancora disconosciuta, cfr. p. es. fr. 7, § 1 e 3 D. 27, 10 (Julianus Dig.) e cfr. Lenel. Jul. 336, che vorrebbe inserire un " non „ (legitime). Del resto, non azzardo d'andar oltre nell'esame di questo sversato fr. che verrà depurato dal mio illustre Maestro Otto Grandenwitz, come sono in grado di sapere, nella qualità di discepolo.

[1] Anche qui per i giuristi classici non vi era luogo al *prodesse*. Come sappiamo direttamente da Papiniano, fr. 28 D. X, 3, decisivi erano altri criteri. Da osservare è inoltre che Paolo e Papiniano nei due frammenti hanno a base la stessa fonte (Sabino); la decisione era conforme nei testi dei due giuristi, solo che Papiniano s'addentrò più nella analisi della questione.

[2] La rubrica del l. III di Paul. ad Plautium, dal quale è tratto il fr., è ricostruita dal LENEL. " de iudiciis divisoriis „ Pal. I, p. 1150.

del giurista finchè fu possibile, una regola creduta [1] necessaria in questo titolo, sedes materiae.

Il fr. appartiene, come vedremo a suo tempo, tutto a Paolo; esso presenta non poche altre mende che hanno dato campo a discussioni e congetture (Cuiacio, Fabro, Glück); ma su ciò meglio in seguito.

***

Fr. 89 D. de V. O. 45, 1 (Lenel 1172).

Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: ' quidquid te dare facere oportet ' ?, non amplius in stipulationem deducitur, quam quod iam dari oportet: *in stipulationem enim deducitur, quod iam dari oportet*, si autem adiciatur ' oportebitve ' etiam futura obligatio deducitur.

I. Una motivazione preziosa.

La decisione è rivolta in motivo con l'aggiunta di una congiunzione causale « enim », in modo puerile: Tizio deve cento, perchè Tizio deve cento. Si può una tale scoperta attribuire ad un giurista? O hanno queste parole davvero la pretesa di dare un principio giuridico?

In questa ultima ipotesi sarebbe annunziato che: oggetto d'una stipulazione non *può* essere che un debito esistente; cioè, un non senso.

E se noi guardiamo bene, la motivazione, letteralmente presa, soffre meglio quest'ultima interpretazione. Poichè come constatazione di un fatto — quale dovrebbe essere — non è messa in rapporto col fatto stesso. I giuristi romani non trascurano mai, come è del resto necessario, tale collegamento con le forme « his verbis » « hoc sermone » « hac conceptione » ecc. Paolo (ad ed.) riporta la decisione di Plauzio, quasi con le stesse parole, ma invece di quella motivazione, aggiunge: « quia qui stipulatur » quidquid... demon-

[1] Il Kalb, o. c. p. 8 dubita fosse quella regola la decisione di una controversia. Di ciò non vi era orma.

strat eam pecuniam quae iam debetur eqs. fr. 76 § 1 D. 45, 1. Conforme nel fr. 125 eod. (Paul. Quaest.)... nihil aliud... hoc enim solum *haec stipulatio* demonstrat. Cfr. fr. 46, D. 31. [Procul. epist.].

II. Se noi intanto volessimo mettere a carico de' compilatori l'inserzione di tale ingenua motivazione, agiremmo con fretta. Evidentemente, la spiegazione invece che ci si offre spontanea è quella, che noi ci troviamo qui di fronte ad una glossa marginale fatta da uno studioso, che venne, in seguito, incorporata nel testo.

I manoscritti del periodo postclassico a noi pervenuti ci permettono qui di fare de' preziosi confronti. Essi contengono a dovizia simili note, nelle quali, con le stesse parole del testo, è rilevato in margine l'argomento del fr. Si osservino infatti i F. V. [1] e specialmente nel titolo *ad legem Cinciam*. Caratteristica fra tutte però è la glossa a Papiniano III Resp. (F. V. 121).

Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit sed qui discidii necessitatem inducit.

In margine poi: *Non ab eo culpam divortii procedere, qui repudium dedit, sed qui dandi necessitatem induxit.*

Ma più importante è l'osservare che, in detti manoscritti, alle glosse a noi pervenute come tali ne stanno di fronte altre che fanno apparentemente parte del testo essendo state già da copisti posteriori [2] incorporate; cfr. p. es. F. V. 269, e Lenel, Ulpiani 2903, Mommsen ad h fr. Senza dubbio una glossa di questo genere è in Ulp. Reg. XVII, 3.

Caduca cum suo onere fiunt; ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt. *scilicet* [3] *et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca.*

La motivazione del nostro fr. ebbe appunto origine identica.

[1] Cfr. per questi scoli, Mommsen, *Praefatio*, p. 16.

[2] Cfr. in seguito a p. 53 la nota 4 e Lenel., Praefatio alla Palingenesia, VII.

[3] *Scilicet* ha il Ms., così Krüger. Cuiacio invece volendo collegare la proposizione, dandole un senso, scriveva *sed et;* il Muirhead lo segue perchè " much more appropriate than the *scilicet* of the Ms. „ La spiegazione data nel testo leva ogni preoccu-

***

Fr. 13 D. qui potiores etc. 20, 4. Lenel 1118.

Insulam tibi vendidi et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram pignorumque ab inquilino datorum ius utrumque secuturum. Nerva Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, *quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur:* si quid superesset, ad te. PAULUS: facti quaestio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

I. La motivazione « quia... » crea nel fr. molte difficoltà. Applicata alla decisione che la precede, essa viene ad urtare un principio stabilito già nella giurisprudenza romana sin dai veteres [1]. Una regola cioè positiva [2], che ci vien tramandata da giuristi di diversi tempi, negli stessi libri di Paolo ad Plautium stabilisce: in contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est. fr. 172 D. de R. I.

Come mai dunque questa regola è stata capovolta nella decisione che ci sta dinanzi? Plauzio con l'autorità di Nerva e Proculo fa prevalere gl'interessi del venditore, e ciò dovrebbe essere giustificato: quia nihil aperte dictum esset.

Il principio di guida è qui dunque: dove dalle parti non è apertamente dichiarata una modalità del contratto di vendita, questa deve risolversi in favore del venditore.

La contraddizione non può essere più evidente ed è stata dagli interpreti sempre rilevata [3]. Dovendosi assolutamente escludere

pazione, restando fedele al Ms. Che queste particelle " scilicet, enim, id est „ poi, erano inserite per incollare la glossa al testo dovrebbe apparire a tutti evidente. In quanto ai Digesti cfr. LENEL. P. Praefatio, VII, 12.

[1] Fr. 39, D. de pactis " Veteribus placet eqs.

[2] FERRINI. *Rivista Italiana di s. g.*, vol. 14, p. 278.

[3] Cfr. p. es. Gotofredo ad h. l. che cita Bartolo: per la Glossa in seguito.

l'idea d'una controversia o d'un malinteso da parte de' giuristi romani, si deve cercare una spiegazione.

II. Ed io credo il dilemma si può mettere netto, ne' termini seguenti: o la specie non cadeva sotto il dominio di quella norma, ed allora è falsa la motivazione aggiunta; oppure questa è da noi interpretata con preconcetti, mentre in sè non ha nulla a vedere con le dichiarazioni ambigue, oscure.

Questa seconda ipotesi è infatti anche rappresentata [1], ma, credo bene, senza alcun appoggio. Poichè, si deve osservare che la parola *aperte* va designata appunto, in relazione alla regola dei *veteres*, come tecnica per indicare quella determinatezza che deve essere usata dal proponente le condizioni del contratto, sotto pena di soffrire le conseguenze dell'ambiguità [2].

Non può esser caso che noi riscontriamo l'espressione là, dove la regola è riferita da giuristi antichi o riportata alla sua origine: fr. 39 D. *de pactis*. Papiniano. Veteribus placet... in quorum fuit potestate legem *apertius* conscribere. fr. 21 D. de C. E. (Paolo ad Sab.) Labeo scripsit... quia potuit re integra *apertius* dicere.

La cura dei giuristi romani per la precisione del linguaggio, che rende il loro concetto limpido e trasparente, è universalmente nota. Il quia nihil aperte... della nostra motivazione, se scritta da un giurista, non potrebbe avere un altro significato. Resta adunque inevitabile la contraddizione fra la decisione ed il motivo che noi vi troviamo; inevitabile dico, perchè si deve affatto respingere l'ipotesi messa innanzi dalla Glossa (ad. h. l.), di ritenere cioè che nella specie le modalità della vendita fossero state formulate dal compratore: quia hic emptor legem dixisse videtur [3]. Tale scampo, di

[1] Indirettamente dal Cuiacio cfr. più sotto.

[2] Lo stesso vale per la *stipulatio*; contra stipulatorem. Celso, fr. 99, p. D. 45, 1; fr. 26 D. 34, 5; Ulpiano, fr. 38, § 18 D. 45, 1.

[3] Non va taciuto che tale opinione poggiava anche in parte su di una diversa lezione che trovavasi in alcuni manoscritti dei glossatori: *per te* (scl. emptorem) invece di *aperte*.

fronte ai dati nel testo espressamente rilevati — insulam tibi *vendidi et dixi*, cioè: io venditore — non può essere giustificato che dall'arbitrio, ed è l'ultima condanna di quella motivazione.[1]

III. La nostra indagine, per ventura, può spingersi avanti, specialmente grazie ad una nota di Paolo che ci fu conservata nel fr. La decisione stessa non è disapprovata da Paolo. È sorprendente però che egli ignora del tutto la motivazione in parola: facti quaestio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

Queste parole ci costringono ad ammettere che il giurista aveva dinanzi il responso nudo, senza alcuna motivazione. Parafrasando la nota, essa dice: « questa è una questione di fatto; importa vedere che cosa hanno inteso le parti; la decisione però è per me irreprensibile, perchè, in verità, dai termini della dichiarazione si rileva fosse appunto quella la loro volontà ». Questo ragionamento esclude

[1] Con la regola più volte citata sta anche in contraddizione un altro fr. di Paolo, 34, p. D. XVIII, 1. Non è per me dubbio però che in esso si deve leggere " quem emptor intellexerit „ e non " venditor „ come si ha ora per un errore del copista. Ciò fu dimostrato splendidamente dal Cuiacio, che ne riferisce in parecchi luoghi (Observ. I, cap. X — ma specialmente, *Opera*, vol. 4, p. 107) e con una fiducia come non è comune a quel grande giurista " ut iam pridem ostendi, probavi et vici (*Opera*, vol 5, p. 835). Il Cuiacio si poggia anche su altri errori identici commessi dai copisti; così nel fr. 41 D. 4, 4; qui l'emendazione fu accettata dal Mommsen. e contraddetta, non felicemente, dal Glück, serie dei libri 33, p. 55, n. 15. — fr. 3 D. 40, 8 anche qui accettata dal Mommsen, avversata di recente dal Pernice, Labeo III, p. 134, n. 1. Meravigliosamente invece l'emendazione del fr. 34, p. cit. non ha avuto alcuna fortuna. Non fu curato dal M. nè dal Lenel, Palingenesia. Tuttavia non credo che ciò si deva all'infelice opposizione di van de Water, (Observ. II, cap. XIV, p. 188 e seg.), che vedeva nella specie del nostro fr. un'obbligazione alternativa e quindi il diritto alla scelta competente al venditore; poichè nessuna spiegazione potrebbe essere più arbitraria ed infondata (contro anche Pernice (A) Zeitschrift für H. R., vol. 25, p. 107, n. 5). Invece si deve necessariamente ammettere, che nella specie la scelta era data all'*emptor*, come risulta evidente dalle considerazioni che fa in seguito il giurista: nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit quam in ipsa re cui accedat an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones *emimus*, sicuti cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas *ematur*. Che senso ha tutto questo ragionamento se si legge " venditor „? Non è chiaro che alle parole " quem *emptor* intellexerit „ vanno poi a far riscontro le altre " enim... propter accessiones emimus? cioè, il compratore ha spesso un grande interesse in date accessioni, e le conseguenze dell'ambiguità della dichiarazione del venditore non possono essere da lui sopportate. Queste argomento tratto dal seguito del fr. è stato rilevato dal Gotofredo, e non mi pare sia stato preso finora in quella considerazione che merita.

senz'altro che quella decisione si potesse poggiare sulla motivazione che noi troviamo.[1] E se così è, come non l'ha Paolo espressamente respinta? Lo « immo contra, falsum est, ineptissimum est » non erano più a disposizione di questo giurista?[2] Si sarebbe egli limitato ad avvertire il lettore: « bada, questa decisione non è l'applicazione di un principio giuridico, ma discende dall'interpretazione della dichiarazione, quindi di una quaestio facti? »

Tutte queste difficoltà si risolvono solo imaginando che il giurista non avesse trovato una motivazione nel responso. La decisione dei giuristi più antichi era tratta invece *ex sententia contrahentium*,[3] e Paolo aveva inteso il bisogno di rilevarlo. Questo genere di note era tutto della maniera del giurista dell'epoca de' Severi, come si può osservare specialmente nei libri Πιθανῶν di Labeone. Ne' responsi cioè concepiti in una forma astratta, assoluta ha cura egli sempre di mettere sotto gli occhi al lettore il « quid actum est »; oppure, alla specie che aveva avuto presente il giurista nel suo responso, ingiunge egli delle modalità tali che quella decisione più non si regge. Noi siamo qui di fronte ad un'analisi scientifica, che tendeva a trarre insegnamenti generali da' responsi dettati per un singolo caso.[4] Nella compilazione giustinianea, di fronte a molte decisioni, fu avvertito lo stesso bisogno. I compilatori tentarono ripararvi, inserendo nel responso delle proposizioni limitative, attaccandole al testo con le particelle « si, si modo, nisi, etc. »

IV. Questa mia opinione, che attribuisce ad una terza mano la motivazione « quia », trova infine una conferma nella forma del fr. come ora lo leggiamo.

[1] Così si spiega che il Cuiacio, *Opera*, vol. 4, p. 104 e seg. non trova nel nostro fr. una contraddizione con altri; perchè egli nel suo esame rileva quanto dice Paolo, ma non cura il momento essenziale, la motivazione quia etc.

[2] È risaputo quanto fossero a Paolo familiari tali forme nella opposizione. H. Pernice, *Miscellanea* cit., p. 44 conta 36 di tali cortesie, solo nei Pithana.

[3] Questa era norma fondamentale nella interpretazione dei negozii giuridici: " primum spectari oportet quid acti sit „ fr. 33, D. 18, 1; cfr. fr. 21, D. 34, 5.

[4] Esempi speciali non si possono trarre dai Pithana, sono tutti d'uno stampo. Cfr. Lenel I, p. 528 e seg. e Krüger, *Geschichte*, p. 205. Pernice, *Labeo*, vol. d. 38, il quale, del resto, si mostra un po' severo contro Paolo.

Le parole « si quid superesset ad te » sono relegate dopo la motivazione, smembrate dal contesto, della loro posizione logica. [1] Su ciò non può essere dubbio alcuno, e bene fu avvertito già dal Huschke. [2] Dissento però dallo illustre critico nell'additare la causa dello spostamento, Non si tratta qui di una semplice dimenticanza del copista, come il Huschke vuole; ma, principalmente, esso fu causato dal fatto che la motivazione era solo segnata in margine del manoscritto, ed il compilatore, od altri che sia stato, credendo fosse quello il posto opportuno, s'affrettò ad incorporarla nel testo. Ad una fattura de' compilatori non si deve qui affatto pensare. Primo perchè quella nota di Paolo ne escludeva ad evidenza la necessità, ma principalmente poi perchè non v'è traccia della loro mano.

La prova dei glossemi non può, sventuratamente, essere portata che indirettamente; in generale quindi regna una certa diffidenza ad accoglierli. Alcune circostanze però meriterebbero d'esser meglio apprezzate. Si dovrebbe cioè considerare che i compilatori agiscono sempre con uno scopo, non hanno tempo da perdere a metter fiori nella loro opera, [3] e noi siamo in grado, 90 volte su 100, dove l'interpolazione è sicura, di poterne dare il motivo. La loro forma, ostinatamente tipica ci si disvela da sè. Più di quanto non si sia fatto finora, si dovrebbe inoltre tener presente, che i rolli di papiro de' giuristi romani non sono pervenuti direttamente, senza intermediari, nella ricca biblioteca di Triboniano; gli esemplari che utilizzarono i compilatori, invece, erano sicuramente [4] copie più recenti, delle quali qualcuna in forma di nuova edizione.

(Continua). S. Riccobono.

[1] La causa per cui nei Basilici 25, 5, 11 sono scomparse.

[2] *Zur Pandektenkritik*, p. 26.

[3] Perciò non mi par proprio che si parli di interpolazioni " voluttuarie „, come si fa. Per lusso i compilatori non hanno fatto nulla; il levigare i testi dei giuristi classici ravvicinati insieme, fu per loro una grande preoccupazione, e determinò la categoria degli emblemi *formali*, spesse volte, al certo, necessari.

[4] Sulla durata limitatissima dei rolli di papiro, che dominarono la letteratura classica giuridica sino al 3° secolo, e sulla necessità di rinnovarli periodicamente, cfr. Birt, *Das antike Buchwesen*, p. 364 e seg., p. 366 (v. anche gli addenda a questa pagina), p. 507 — Landwehr, *Archiv für Latein. Lexikog.*, vol. 6, p. 419 e seg. — Krüger, *Zeitschrift der Sav. Stift.*, vol. 8, p. 76 e seg.

NOTIZIE

Il 50mo anniversario del dottorato di Teodoro Mommsen sarà celebrato il dì 8 novembre 1893. In quest'occasione numerosi amici ed ammiratori dell'illustre uomo si sono riuniti per promuovere una sottoscrizione internazionale per offrirgli una somma, la quale dovrà da lui essere dedicata a costituire una fondazione per l'incremento della scienza nei numerosi rami coltivati dall'insigne maestro.

Le offerte di danaro possono spedirsi al signor LUDWIG DELBRÜCK, (I. F. DELBRÜCK, LEO U. Co.) a BERLINO, *Mauerstrasse, n. 61, 62.*

Le schede di sottoscrizione possono domandarsi anche al segretario dell'Istituto di Diritto Romano in Roma.

SULLA LEGGE CINCIA

SOMMARIO.

Introduzione — § 1. Età e nome della legge — § 2. Suo contenuto. Un divieto di donare. Limiti di questo divieto — § 3. Effetti del divieto. L'*exceptio in factum* e l'*exceptio legis Cinciae*. Come queste si comportino nelle donazioni reali e obbligatorie; come e quando si possano evitare. Le forme della *donatio perfecta;* il principio *morte Cincia removetur*. La funzione originaria della legge e la funzione assunta nell'epoca classica — § 4. La legge Cincia e le donazioni per accettilazione e per patto — § 5. Le donazioni mediante delegazione — § 6. Le donazioni mediante cessione — § 7. Quando spetti una *condictio* per revocare gli effetti di una donazione *contra legem* — § 8. Eccezioni al divieto — § 9. Conclusione.

Questo scritto ha per iscopo semplicemente di ricostruire, per quanto le nostre fonti lo permettano, lo stato del diritto positivo delle donazioni nel diritto classico romano vigente la legge Cincia.

È evidente l'utilità, dirò meglio la necessità, di questa ricerca per chiunque si accinga allo studio della teorica della donazione. Fu già sapientemente osservato dal Savigny che tutta l'importanza di una speciale teorica della donazione dipende dall'esservi per questa in tutte le legislazioni positive disposizioni speciali inspirate alla particolar natura psicologica sua. Se così non fosse, della donazione non occorrerebbe trattare a parte, perchè essa non sa-

rebbe che la causa di altrettanti negozii concreti (tradizione, cessione di crediti, delegazione, liberazione, promessa e via dicendo), per ciascuno dei quali sarebbe il caso di applicare soltanto le norme proprie del singolo negozio. Ma appunto perchè quelle disposizioni speciali di legge ci sono, occorre trattare della donazione come di un istituto a sè, ed importa il costruirne un concetto unico che abbracci tutti quei singoli negozii concreti. È facile dunque scorgere l'importanza di uno studio sulla legge Cincia, come il primo passo alla costruzione della teoria romana della donazione.

Una seconda ricerca, che potrebbe parere quasi la conseguenza della prima, è poi quella sul concetto della donazione, vigente la legge Cincia. Nel corso di questo studio però si vedrà come le disposizioni di quella legge furono nell'epoca classica intese ed applicate in modo che in sostanza esse non ebbero una funzione molto diversa dalle posteriori forme dell'insinuazione stabilita nel diritto giustinianeo e dello stesso atto pubblico del diritto nostro, tranne per un riguardo, la nullità delle semplici donazioni obbligatorie, almeno se eccedenti la misura che forse la legge stabilì. Pertanto il concetto della donazione fu, nel diritto classico romano, costruito di fronte a norme positive non troppo diverse dalle nostre e così non fu neppure troppo diverso dal concetto nostro: tranne in qualche raro caso una concezione un po' più ristretta delle donazioni puramente obbligatorie. Una particolar ricerca sul concetto della donazione sotto il regime della legge Cincia sarebbe dunque una inutile superfetazione: basterà solo che nel Trattato generale della donazione, al capitolo primo sul concetto, si richiamino le poche diversità che corrono fra il diritto giustinianeo e il diritto moderno da un lato e il diritto classico dall'altro, ponendo in guardia, nei rari casi ove occorra, contro l'abuso di fonti adattabili solo al particolar regime della legge Cincia.

§ 1. Sappiamo di certo che un plebiscito rogato dal tribuno M. Cincio Alimento nell'a. 550 a. u. c. (204 a. C.) impose in ge-

nere limiti alle donazioni ed in ispecie vietò, fra l'altro, di far doni *ob causam orandam* [1]. La legge è chiamata *lex Cincia de donis et muneribus*. Che cosa significa questa designazione? Forse che la legge trattasse diversamente i *dona* veri e proprii dai *munera*? [2] Non pare.

In nessuna delle fonti sulla *lex Cincia* è mai fatta distinzione alcuna fra *dona* e *munera* e gli stessi frammenti testuali della legge riportati da Paolo nei *Vat. fr.* 298, 304, 305 non accennano nè a *dona* nè a *munera*, ma parlano semplicemente di *donare, capere, accipere*. Solo Festo, spiegando il significato della parola *muneralis* usata in una commedia di Plauto dice che questo epiteto fu dato alla legge « *qua Cincius cavit ne cui liceret munus accipere* »; ma evidentemente questa non è che una spiegazione lessicografica dell'epiteto che Plauto dava, forse scherzosamente, alla legge e poi non proverebbe tutt'al più se non ch'essa contenesse menzione dei *munera*, non già che usasse diverso trattamento pei *munera* e pei

[1] Livio 34, 4, Tacito *Ann.* 11, 5; 13, 42; 15, 20. Plauto in Festo v. muneralis, Cicerone *De oratore* 2, 71. *De senectute* C. 4, Plinio *Epistolae* 5, 21, Dione Cassio 44, 18, Arnobio *Adversus gentes*, Lib. II, pag. 91, Vat. fr. 248 segg. La data della legge si ricava in modo non dubbio dal citato passo di Cicerone *de senectute*, ove si fa dire a Catone che di essa fu difensore Q. Fabio Massimo quattro anni dopo l'ultima presa di Taranto, che avvenne nel 546 a. u. c., essendo questore per la prima volta lo stesso Catone e consoli Cornelio Cetego e Sempronio Tuditano, consolato che appare pure da Livio (29, 11, 13) essere stato nel 550.

[2] Sulla differenza fra *donum* e *munus* cfr. specialmente il passo di Marciano, fr. 214 *de verb. sign.* 50, 16, e i fr. 18, 194 *eod.* fr. 7, § 3, fr. 37 *de op. lib.* 38, 1, fr. 6, § 2 *de off. proc.* 1, 16, fr. 18 *de off. praes.* 1, 18, fr. 6, § 2 *de lege Julia repetundarum* 48, 11, fr. 12, § 13, fr. 13, § 2 *de adm. et peric. tut.* 26, 7, fr. 1, § 5 *de tut. et rat. distr.* 27, 3 fr. 31, § 8, 36, § 1 *de don. i. v. et ux.* 24, 1.

E tra gli scrittori non giuristi Giovenale, Satira VI, v. 25 segg. 200 segg. Plinio *Nat. Historia* XXXIII, 12, Plauto *Rudens* v. 1171, *Curculio* v. 656; Censorino *de die natali* 1, 5.

In generale si può dire che *donum* è il dono senza alcuna determinata cagione od occasione, *munus* il regalo di occasione o in certo modo prescritto dal costume ed obbligatorio per convenienza; per esempio, i regali di nozze (*munus nuptiale* fr. 1, § 5, 27, 3 cit.), i piccoli regaletti che si fanno alle persone di famiglia in varie circostanze e simili, o anche il dono fatto in ricompensa di determinati servigi non compensabili in danaro, come i *munera ob causam orandam* secondo l'antico concetto romano della incompensabilità delle opere liberali.

dona. Del resto non è impossibile che, come in seguito di tempo, per es., la *lex Julia de repetundis* vietò espressamente ai magistrati di ricevere *dona*, *munera* oltre 100 aurei l'anno (neve plus doni muneris in anno accipiant, quam quod sit aureorum centum, fr. 6, § 2, 48, 11), così la legge Cincia colpisse espressamente col divieto gli uni e gli altri, od è anche possibile in fine che la designazione *lex Cincia de donis et muneribus* le sia data semplicemente perchè nella sua concezione generale, non facendo distinzione alcuna fra *dona* e *munera*, li colpisse tutti. Ad ogni modo non vi è traccia che vi fosse diversità di trattamento.

§ 2. A parte la disposizione particolare pei *munera ob causam orandam* d'interesse molto limitato per noi, il contenuto principale della legge fu anche una proibizione generale. Su ciò le fonti non lasciano dubbii.

I fr. Vaticani contengono testimonianza evidente di questa proibizione laddove riportano passi testuali della legge escludenti eccezionalmente dal divieto certe persone o certe cause.

Vat. fr. 298. « Paulus *libro 71 ad edictum ad Cinciam*. — Personae igitur cognatorum excipiuntur his verbis: sive quis cognatus cognata inter se, dum sobrinus, sobrinave propiusve eo sit, sive quis in alterius potestate, manu, mancipiove erit, qui eos hae cognatione attinget, quorumve is in potestate, manu mancipiove erit, *eis omnibus inter se donare, capere liceto.* »

Cfr. pure fr. 299, 300, 301, 302, 303.

Fr. 304. « Excipit tutorem qui tutelam gerit si dare volet, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. *nam permisit eis in infinitum donare.* Contra *ut possit pupillus donare* non excepit. »

Fr. 305. « Item excipit si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet: igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine *donare potest.* »

Fr. 306. « Quaesitum est an et cognata cognatae ultra excep-

tum *donare possit*. Labeo scribit *non posse;* sed ratio aequitatis aeque in feminis est. »

Fr. 307. « Item excipit: si quis a servis suis, quique pro servis servitutem servierint accipitisve duit. His verbis si quis a servis suis liberti continentur, ut patronis *dare possint*. Sequentibus vero excipitur ut is qui bona fide serviit, si postea liber pronuntiatus sit, *possit dare ei cui serviit*. Sabinus utraque scriptura libertos putat contineri et bis idem dictum. »

Fr. 308, 309. « . . . . et hoc iure utimur ut excepti videantur (scil. liberti) ut *et dare et capere lex eis permittat*. »

E in generale poi la menzione di un'*exceptio legis Cinciae* concessa contro chi agiva per l'esecuzione d'una donazione e quella d'un *exceptio in factum* con la medesima funzione concepita « *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*, » (Vat. fr. 310), e tutta l'esposizione dei Vat. fr. sotto le rubriche *de donationibus ad legem Cinciam* (fr. 260-316) e *quando donator intellegatur revocasse voluntatem* (fr. 245-259) non lascian dubbio sull'esistenza del divieto. Infine anche qualche passo di autori non giuristi serve a confermare questa verità evidente del resto.

Cicerone *de oratore* 2, 71. « Saepe etiam sententiose ridicula dicuntur, ut M. Cincius quo die legem de donis et muneribus tulit cum C. Cento prodiisset et satis contumeliose: Quid fers, Cinciole? quaesiisset, *ut emas*, inquit, *Cai si uti velis...* »

Festo v. *muneralis*. « Muneralis lex vocata est qua Cincius cavit ne cui liceret munus accipere rel. »

Che la legge contenesse un divieto generale di donare è dunque fuor di dubbio. Quello che invece è incerto sono i limiti di questo divieto, se cioè la legge Cincia proibisse assolutamente le donazioni o soltanto le donazioni oltre un certo limite, e in quale rapporto poi stesse questo divieto colle forme e modi della così detta *donatio perfecta*, quelle forme e quei modi che, secondo la testimonianza dei fr. Vaticani, avrebbero reso la donazione perfettamente valida. (Vat. fr. 259, 266 *a*, 293, 311, 315, 316).

Sul primo punto l'opinione più diffusa ammette che non tutte le donazioni fossero proibite ma solo quelle eccedenti una misura determinata (*modus legitimus*). Gli argomenti che si portano a sostegno di questa opinione si riducono tutti alla menzione più o meno incidentale di un *modus donationis* che si trova in parecchi fr. delle Pandette, la quale per quanto nel diritto giustinianeo debba riferirsi all'insinuazione, nelle opere originarie avrebbe dovuto riferirsi alla Cincia, e in una menzione analoga in testi antegiustinianei. Fr. 9 § 1, 11, 21 § 1, 23 pr. 24 *de don.* 39, 5, fr, 5 § 2, 5 *de doli except.* 44, 4 Paulus *R. Sent.* 5, 11, 6, Vat. fr. 304, Ulpianus *Reg.* 1, I.

Il valore di questi testi, considerati ciascuno a sè, non è grande. Quanto ai fr. delle Pandette infatti non è sicuro il riferimento originario di tutti alla teoria generale delle donazioni e quindi alla legge Cincia [1], nè per quelli stessi che vi si riferivano originariamente è escluso che la menzione del *modus* sia interpolata dai compilatori, i quali, abrogata la Cincia, non poteano introdurre nella compilazione testi accennanti alla nullità generale della donazione o ad una generale *exceptio donationis* e doveano quindi per adattarli al nuovo stato del diritto mutare quella menzione con riferimento al *modus* dei 500 solidi introdotto dalle nuove leggi sull'insinuazione.

Più forte è il valore dei passi antegiustinianei, ma anche qui per ciascuno possono elevarsi dei dubbii.

Paolo, R. S. 5, 11, 6 dice:

« Ei qui aliquem a latrunculis, vel hostibus eripuit *in infini-*

[1] Il fr. 11 *de don.* per esempio, si riferiva, secondo ogni probabilità, alle donazioni a causa di morte e quindi il *modus* ivi accennato non è quello della *legge Cincia* ma molto probabilmente quello della *lex Julia et Papia* sulla *capacitas capiendi mortis causa*. Ciò si argomenta dalla inscrizione del fr. Gaius, libro III de legatis. Dallo stesso libro sono tratti fr. 73 *de leg.* I. 30, fr. 8 *de usu et us.* 33, 2 fr. 72, 74, 76, 78, 80 *ad legem Falcidiam* 35, 2, fr. 56 *de reg. iuris* 50, 17. — Dal libro I de legatis dello stesso giureconsulto sono desunti i fr. 65, 67 *de leg.* I. 30, e dal libro II, fr. 69 *de leg.* I. 30, fr. 15 *de dote prael.* 33, 4, fr. 17 *de cond.* 35, 1, fr. 3 *qui et a quibus* 40, 9.

tum donare non prohibetur, si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est, quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit ».

Così suona il testo nella *lex Romana Visigothorum*; invece nelle Pandette è diverso; fr. 34 § 1 *De don.* 39, 5.

« Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, *haec donatio inrevocabilis est*, non [1] merces eximii laboris appellanda est [2] quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit ».

Non ci vuol molto a scorgere che fra i due il passo genuino è quello della *Lex Visigothorum*. A parte la presunzione derivante dal fatto che i compilatori giustinianei ebbero mandato d'interpolare, i Visigoti no, la forma stessa grammaticale del fr. delle Pandette depone contro la sua genuinità. Ora l'*in infinitum donare non prohibetur* del testo genuino mutato nelle Pandette in *haec donatio inrevocabilis est* è un forte argomento per ritenere che la legge Cincia vietasse di donare *ultra modum legitimum* e Paolo eccezionalmente pel caso di chi avesse salvato la vita ad altri ammettesse che si potesse donare anche *ultra modum*, cioè *in infinitum*: i compilatori, abolita la legge Cincia e il divieto di donare, sostituirono a questa conclusione l'altra *haec donatio inrevocabilis est*. È vero però che si potrebbe anche pensare un diverso riferimento di quella frase originaria, per esempio alla *querela inofficiosae donationis* che allora appunto era stata introdotta [3] e credere che Paolo riconoscesse in tal caso la facoltà di donare anche ledendo i diritti dei legittimarii, mentre in epoche più tarde, quando la querela *inofficiosae donationis* non era più di recente introduzione e lo stesso diritto della

[1] *Nam* Vulgata. L'Aloandro invece inserisce *enim*.

[2] Il Cuiacio corregge *si tamen donatio*, non rel. (in Paul. ad h. l.) lo Schulting (in Paul. ad h. l.) *si*, non rel.

[3] Paolo in fr. 87, § 3 *de leg.* II. 31, attribuisce quest'introduzione a un'epistola di Alessandro Severo.

legittima era più consolidato, per dir così, i compilatori avrebbero mutato il testo non trovando più opportuna quella esenzione [1].

Un altro passo è il VAT. FR. 304. Parlandosi delle eccezioni stabilite dalla legge ed in ispecie di quella in favor dei tutori, si dice che a questi è permesso donare ai proprii pupilli *in infinitum;* il che proverebbe che la legge non vietava assolutamente di donare ma solo di donare *in infinitum.*

« Excipit tutorem qui tutelam gerit si dare volet, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. *nam permisit eis in infinitum donare.* Contra ut possit pupillus donare non excepit ».

È da notare però che il Mommsen ritiene tutta la frase *nam permisit rel.* interpolata e che questa congettura può sembrare anche fondata per ciò, che riguardo all'ipotesi inversa di donazione del pupillo al tutore, il giureconsulto non dice già, come sarebbe da aspettarsi, *ut possit pupillus donare in infinitum*, ma semplicemente *ut possit donare non excepit.*

Finalmente viene il testo di ULPIANO 1, I. Questo, come noi lo possediamo, suona semplicemente così:

« ... prohibet, exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit non rescindit ».

Che qui si parli di una legge proibitiva di donare oltre una certa misura, eccezione fatta a favore di alcuni cognati, è certo; quale sia poi questa legge non è detto.

Siccome però si sa che il divieto di donare *exceptis quibusdam cognatis* era contenuto nella legge Cincia, e appare anche dall'insieme delle fonti che questa fosse una legge imperfetta, cioè di

[1] Non crederei si potesse opporre a questa congettura l'opinione del FITTING (*Alter der Schriften der Roemischen Juristen von Hadrian bis Alexander* p. 18) secondo il quale le *Sententiae* di Paolo sarebbero state pubblicate nel principio del regno di Caracalla, prima dunque dell'epistola accennata nel fr. 87, § 3, 31. Quell'A. argomenta dal silenzio di Paolo (*Rec. sent.* 5, 16, 11) circa un rescritto dell'imperatore Caracalla noto invece ad Ulpiano (fr. 33, § 3, 3, 3); ma l'argomento è erroneo perchè Paolo non cita il rescritto, è vero, ma nulla prova che lo ignori, insegnando egli nel citato passo delle *Sententiae* precisamente ciò che insegna Ulpiano in fr. 33, § 3 cit.

quelle che non rescindono l'atto contrario alle loro disposizioni, facile è congetturare che alla Cincia si riferisse qui Ulpiano. E dal Cuiacio in poi infatti il testo si completa dai più così:

« *Imperfecta lex est quae fieri aliquid vetat, nec tamen si factum sit rescindit, qualis est lex Cincia quae plus quam... donare* prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit non rescindit ».

Pur tuttavia non è mancato chi abbia fatto congetture diverse. Il Liebe, per esempio, pensa che il passo si riferisca alla *lex Julia et Papia* ed abbia riguardo in particolare alle donazioni *mortis causa* a cui quella legge era già stata estesa ai tempi di Ulpiano [1]. Però la legge Giulia e Papia non fu una *lex imperfecta.*

L'Hugo ha invece congetturato un'antica legge proibitiva solo delle donazioni oltre una certa misura, legge che la Cincia avrebbe poi abrogato collo stabilire il divieto assoluto. Nè il fatto che Ulpiano porti qui l'esempio d'una legge abrogata potrebbe poi far meraviglia perchè anche parlando delle leggi *minus quam perfectae* porta nel § 2 come esempio un'altra legge non più in vigore, la *lex Furia testamentaria* [2].

Ma forse anche a questa congettura potrebbe opporsi l'improbabilità di una legge più antica sulle donazioni mentre la Cincia è già antica assai: e certo ad ogni modo essa non è che mera congettura arbitraria.

Come si vede dunque, nessuno dei passi citati è di per sè una prova dell'esistenza del *modus*: eppure non si può negare che nel loro insieme essi fanno un'impressione molto forte e costituiscono per lo meno una coincidenza non indifferente d'indizii. Ma d'altra parte non sono lievi gli argomenti contrarii. C'è in primo luogo nelle stesse Pandette al meno un fr. che accenna all'*exceptio donationis* o all'invalidità della donazione in genere senza limiti di somma, il

[1] Liebe, *Die Stipulation und das einfache Versprechen* Braunschweig, 1840, p. 108-109

[2] Hugo, *Geschichte des Roemischen Rechts*, 10ª ediz. pag. 351, nota 1.

fr. 21 pr. *de don.* 39, 5, c'è poi la menzione che Paolo fa in VAT. FR. 310 di un'eccezione *in factum* concessa al donante contro la legge concepita semplicemente *si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*; c'è in fine la circostanza che in generale i FR. VAT., tranne il solo fr. 304 ritenuto dal Mommsen interpolato, parlando *ex professo* delle donazioni secondo la legge Cincia e delle donazioni perfette in ispecie, non accennano mai all'esistenza di un *modus* e ciò che dicono riguardo ai requisiti della *donatio perfecta* e ciò che dicono riguardo alle *personae exceptae*, tutto, tranne il solo caso del fr. 304, sembra presupporre un divieto assoluto di donare. Al che si potrebbe aggiungere anche il passo di CICERONE sopra riferito (*de oratore* 2,72) dal quale risulterebbe pure che il divieto era assoluto, dal momento che a Caio Centone che lo interrogava sul tenore della sua legge Cincio avrebbe risposto: La mia legge dispone che se tu vuoi avere una cosa te la compri. *(ut emas, si uti velis)*.

Questo rapido esame degli argomenti *hinc et inde* avrà, spero, persuaso il lettore che se da un lato c'è un insieme d'indizii forti per l'opinione comune, d'altro lato non ne mancano per l'opinione di quei pochi scrittori che negano l'esistenza del *modus*. Quanto a me, in questo stato delle fonti, non mi sento di schierarmi nè per l'una nè per l'altra. Certo, di fronte all'insieme dei passi giustinianei e antegiustinianei sopra citati, per quanto il valore particolare di ciascuno possa non esser grande, il negare l'esistenza del *modus* sarebbe audace; ma il modo come i giureconsulti, massime nelle fonti di più sicure genuinità quali i Vat. fr., trattano delle donazioni con riguardo alla legge Cincia renderebbe piuttosto inchinevoli a credere che il *modus* non ci fosse stato, dal momento che quasi mai si trova accennato. Forse la soluzione della difficoltà sta in ciò, che il *modus* fu infimo onde non vi fu donazione di qualche entità che non fosse colpita dalla Cincia, e i giureconsulti parlarono per ciò molto spesso di donazione in generale trascurando nella

pratica questa *quantité négligeable*. Comunque sia una cosa è certa, la legge Cincia vietò assolutamente, o al di sopra di una certa somma non molto elevata, le donazioni.

Vediamo l'effetto di questo divieto; ciò che ne darà adito anche a comprendere il vero significato delle forme della così detta *donatio perfecta*.

§ 3. Anche astraendo dal passo di Ulpiano 1, 1, credo non si debba esitare, nello stato delle altre fonti, ad ammettere che la legge Cincia fosse imperfetta, priva cioè di sanzione. La prova più sicura si ha nella necessità delle pretese forme, le quali solo così ricevono, come si vedrà, una spiegazione soddisfacente.

La legge dunque imperfetta si limitava a proibire le donazioni, tutte o alcune. Forse essa soggiungeva la conseguenza logica del divieto *in donatorem actio, petitio ne detur*, forse neppur ciò soggiungeva lasciando al magistrato la cura di trarre da sè questa conseguenza. L'effetto fu ad ogni modo che il pretore, nei casi di donazione vietata, dovesse negare la propria tutela al donatario, sia col negargli assolutamente l'azione, sia con la concessione al donante di un *exc. in factum* o *legis Cinciae* [1].

Non si creda che la concessione dell'*exceptio*, anche se basata su una disposizione espressa della legge, escluda in questa il carattere di *imperfecta*. *Imperfecta* è la legge che non annulla l'atto vietato nè sancisce alcuna pena pei contravventori (Ulp. l. 1, 2, Macrobius, Summ. Scip. 2, 17, 13 cfr. pure Const. 5 § 1 *de legibus* 1, 14);

[1] Non crederei si potesse ammettere col Francke *Civilistische Abhandlungen* Goettingen 1826, Abhandl. I, *Ueber die lex Cincia*, pag. 30, che la legge concedesse essa stessa l'*exceptio*. A ciò osterebbe in primo luogo il fatto che all'epoca dell'emanazione della legge non c'erano probabilmente vere *exceptiones* (Gaio, IV, 108); in secondo luogo non mi sembra credibile che la legge concedesse espressamente uno piuttosto che un altro mezzo di difesa. La legge poteva imporre al magistrato di non accordar garanzia alcuna agli atti ch'essa vietava, (*actio petitio ne detur* — cfr. gli esempii dei S. C. Velleiano e Macedoniano); ma quanto alla via da tenersi spettava al magistrato deciderlo caso per caso; egli dunque o negava assolutamente l'azione, se l'infondatezza di questa gli appariva evidente sin da principio, oppure mandava al giudice di decidere anche su questo punto pregiudiziale con la introduzione di un'*exceptio* nella formula.

ma non mi par dubbio d'altro canto che possa sempre da una tal legge derivare un'eccezione. Altrimenti bisognerebbe credere che le leggi imperfette non avessero che un'efficacia morale, e ciò è assurdo. La legge imperfetta doveva avere essa pure un'efficacia giuridica, consistente appunto in ciò, che a chi avea acquistato un diritto contrariamente al divieto di essa si negasse la tutela giudiziaria; il che avvenne per le donazioni, durante il diritto classico, per mezzo della concessione di un'*exceptio* al donante convenuto. Questa *exceptio* prendeva, secondo Paolo, le due forme di *c. l. Cinciae*, o di *c. in factum* « si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum. » Quanto alla differenza fra le due, ecco ciò che mi sembra più probabile.

I casi più semplici di donazione sono la trasmissione di proprietà e la promessa di dare. La prima può avvenire per mancipazione, tradizione o in *iure cessio*. La tradizione trasferisce proprietà e possesso insieme, e così è evidente che il donatario cui fu per tradizione donata una *res nec mancipi* non ha bisogno di esercitare azione per l'adempimento della donazione, quindi è impossibile un'*exceptio* pel donante. La mancipazione e la *in iure cessio* invece possono avvenire senza trasmissione del possesso, quindi è possibile che il donatario intenti poi la *rei vindicatio* per ottener la consegna della cosa donata; di qui la necessità di una *exceptio* « si non donationis causa mancipavi *vel in iure cessi.* » Perchè però quest'ultima aggiunta non è contenuta nella formula data da Paolo? Io penso semplicemente per ciò, che la *in iure cessio* era ormai andata quasi in disuso, e già ai tempi di Gaio poco frequente ne era l'applicazione (Gaio 2, 25), onde nella formula *in factum* non se ne facea più menzione, se pure non è Paolo stesso che l'ha tolta per amor di brevità, ma certo nella formulazione originaria essa pure dovette esser contenuta.[1] Nella donazione *promittendo* poi la conseguenza è sempre

[1] La possibilità della *in iure cessio* come sostituto della *mancipatio* nella donazione si rileva anche dalla *Consult. vet. iurisc.* 6, 10, che per un caso di donazione a un figlio emancipato, persona *excepta*, ci dice che essa può avvenire o per emancipazioni

l'azione personale del donatario contro il donante e a questo si dà pertanto l'*exceptio* « si non d. c. promisi me daturum. » Ecco il significato di questa prima, originaria formulazione *in factum*.

Ma la donazione può avvenire, sebbene più di rado, anche per altra via, per es. con una promessa che non sia propriamente di *dare*, o con un *pactum de non petendo;* allora l'originaria eccezione formulata con riguardo a quei primi casi tipici più comuni non basta più, e se ne crea una di portata più generale formulata in genere *si nihil contra legem factum sit* o simile. Storicamente dunque le due eccezioni stanno in questo rapporto che l'*e. in factum* è la prima pei casi più comuni, l'*e. l. Cinciae* la posteriore pei casi meno frequenti. Concettualmente, nel diritto classico, l'*e. l. Cinciae* sta all'*e. in factum* nel rapporto stesso in che secondo il fr. 2 § 5 *de doli except.* 44, 4, l'*e. doli* sta alle diverse *exceptiones in factum:*

« Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptio-
« nibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicumque id quod
« quaqua exceptione elidi potest petit. rel ».

Analogamente può dirsi che *facit contra legem Cinciam qui petit quod donationis causa mancipatum vel promissum est*, non però vice versa che ogni atto *contra legem Cinciam* sia un *donationis causa mancipare vel promittere.* [1]

o per cessione *in iure*, mentre pure per regola anche per gli *excepti* si sogliono indicare come i modi di donare soltanto la *mancipatio* e la *traditio* (cfr. Vat. fh. 310, 293).

Lo Schilling *Institutionen*, § 356, III, pag. 866 nota ll. e l'Unterholzner, *Ueber das Cincische Gesetz* nel Rheinisches Museum für Jurisprudenz, II, p. 446, § 3, credono che nella donazione *per in iure cessionem* al donante non avrebbe più potuto spettare l'*exceptio*, essendosi ormai trasmesso anche il possesso al donatario. Ma, dico il vero, questo non mi par giustificato, perchè la *in iure cessio*, per quel poco che ne sappiamo, appare un atto di trasmissione di proprietà, non anche necessariamente di possesso — cfr. Rudorff, *Diss. de lege Cincia* Berlino 1855; pag. 22.

[1] Varie altre congetture circa la differenza tra queste due eccezioni, *in factum* e *legis Cinciae*, si son fatte ma tutte poco soddisfacenti, a parer mio. — L'Huschke, per esempio, (*Jurispr. anteiust.* Fr. Vat. 310, nota 207) congettura che l'e. *in factum* si desse contro od a favore dei peregrini o dei Latini, forse perchè egli pensa che i peregrini, mancando del *ius commercii*, non potessero richiamarsi ad un eccezione fondata in una legge romana. Ma è evidente che l'eccezione, anche se formulata *in factum*, si

Ma queste eccezioni non si potevano evitare mai? Ed in qual modo? Nella donazione *dando* la semplice mancipazione di *res mancipi* non potea bastare ad evitare l'*exceptio*, perchè, dovendosi poi dal donatario intentare la *rei vind.* per ottenere il possesso della cosa, gli si sarebbe opposta l'*e. l. Cinciae.* Occorreva dunque anche la trasmissione del possesso, cioè la *traditio* per esser salvi dall'eccezione. E questo ancora non bastava, se la cosa fosse stata mobile, perchè anche dopo *mancipata* e *tradita* avrebbe potuto in tal caso il donante intentare l'*int. utrubi* se non fosse decorso un tempo necessario a costituire il maggior possesso nell'anno pel donatario.

fondava sempre sul divieto della legge Cincia, e per ciò doveano i peregrini, in quanto mancasse loro il commercium, essere incapaci dell'una e dell'altra *exceptio.* — Il Bruns (*Quid conferant Vat. fragmenta ad melius cognoscendum ius romanum*, Tubingae 1842 capo 3°, tit. I, § 6, pag. 115-116) pensa che l'*e. l. Cinciae* competesse solo contro chi agiva per una donazione vietata, *causa donationis adiecta*, negli altri casi invece non potesse competere che l'*e. in factum*, perchè solo quando fin da principio l'attore esponesse il fondamento della sua azione essere una donazione, potea opporsi, ove superasse il *modus*, esser questa contraria alla legge; negli altri casi bisognava richiamarsi esplicitamente al fatto dell'aver mancipato *don. causa.* Io non capisco questa differenza. Mi sembra che quando l'attore accampa una pretesa che il convenuto ritiene fondata su una causa vietata dalla legge Cincia, l'eccezione *si nihil contra l gem Cinciam factum sit* possa logicamente opporsi sempre, tanto se l'attore espresse la causa della sua pretesa, quanto se non l'espresse. — L'Unterholzner (*Ueber das Cincische Gesetz*, nel *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, II, pag. 436 seg. § 3, III, pag. 153, § 12) ritiene che l'*e. in factum* si desse quando non era dubbia l'immodicità della *donatio*, nei casi dubbi si desse l'*e. l. Cinciae.* Ma questa congettura è del tutto arbitraria e priva di qualsiasi base anche solo probabile. — Il Rudorff afferma in una sua *Dissertatio de lege Cincia* (Berlino 1855), pag. 55, che l'*e. in factum* " non re et natura sed sola conceptione differt ab illa (scil. e. l. Cinciae) „, e dà per ragione della duplicità di formula " quod institutum iuris civilis in honorario iure receptum est, unde etiam in commodato et deposito in ius et in factum conceptae formulae inveniuntur. „ Nella sua ricostruzione dell'Editto perpetuo invece, al § 290 nota 2, pagina 243, annotando le parole *contra legem* della formula generale dell'eccezione " si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est „, egli si richiama all'insegnamento di Paolo nel libro singolare *ad legem Cinciam*: " *contra legem* facit qui id facit quod lex prohibet, *in fraudem* vero qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit „ (fr. 27 *de legibus* 1, 3), e soggiunge: " Unde duae exceptiones dandae sunt, altera legis, veluti Cinciae, altera in factum *si non donationis causa mancipavi nel promisi me daturum.* „ Parrebbe adunque ch'egli ritenesse essere questa la differenza: l'*e. l. Cinciae* spetta per gli atti fatti direttamente *contra legem*, l'*e. in factum* per quelli *in fraudem legis.* Se non che io non so persuadermi come si possa pensare che un'eccezione formulata *si non d. causa mancipavi vel promisi me*

Questi, è vero, avrebbe opposto l'*accessio possessionis* mediante un'*exceptio rei traditae*, ma a sua volta il donante avrebbe potuto opporre la *replicatio legis Cinciae*.

Per evitare l'*exceptio* o la *replicatio legis Cinciae* occorre dunque in una parola il pieno adempimento della donazione, in modo che il donatario non debba più per ottenere la cosa donata avere occasione di ritrovarsi parte in un processo contro il donante. Pertanto non vi può esser dubbio che non la sola *mancipatio*, ma anche la *in iure cessio* o la stessa *usucapio*, che trasformi l'acquisto del possesso in acquisto della proprietà, debbano bastare, in-

daturum fosse piuttosto a tutela di coloro che donarono *in fraudem legis* che di quelli che donarono contro la legge, mentre il modo più semplice di fare *quod lex prohibebat* era appunto quello di mancipare a titolo di donazione. Quanto poi alla distinzione di Paolo, a proposito della Cincia (fr. 29 de leg. 1, 3), fra atti *contra legem* e *in fraudem legis*, essa non dà alcun sostegno all'idea del Rudorff. Se pure Paolo si riferiva all'*exceptio*, e se non è da credersi per ciò che l'editto concedesse una eccezione " *Si quid contra legem senatusve consultum factum sit, sive quid in fraudem legis senatusve consulti factum esse dicetur*, „ argomentando appunto quest'ultima parte dal fr. 29 cit. come dal fr. 7, § 7, 2, 14, e fr. 8, § 6, fr. 32, § 3, 16, 1 (cfr. Lenel *Ed. perp.* § 279, pag. 406, nota 7), si potrebbe pensare in ogni estrema ipotesi che l'*e. legis Cinciae* non fosse nei casi di *fraus legis* concessa se non *utiliter*, non mai che in tali casi si concedesse piuttosto un eccezione *si non donationis causa mancipavi vel promisi mc daturum!*

Del resto l'errore del Rudorff, insito anche nelle indeterminate espressioni che egli usa nella *Dissertatio*, sembra essere quello di aver attribuito nel diritto romano all'*e. in factum* di fronte alle eccezioni che io chiamerò nominate una funzione analoga a quella delle *actiones in factum* di fronte a quelle *in ius conceptae*. Ora, ciò non è e, caso mai, il rapporto è proprio l'inverso. L'*a. in factum* si dà talvolta come estensione di una tutela cui l'*actio in ius concepta* non potrebbe neppure *utiliter* adattarsi: per esempio si dà l'*a. in factum* come estensione utile dell'*a. legis Aquiliae* dove, per non essere il danno *corpori corpore datum* neppure sarebbe possibile un *actio legis Aquiliae utilis*. Al contrario l'*e. in factum* non può mai essere l'estensione analogica di un'*exceptio* nominata. Già, prima di tutto, eccezioni *in ius conceptae* non ve ne sono; le eccezioni son tutte formulate con riguardo ad un fatto. Ma vi sono fra le eccezioni alcune che han riguardo ad un fatto generico avente certi caratteri e capace di abbracciare poi tanti singoli fatti particolari che rientrano nel suo concetto generale, ve ne sono invece altre formulate con riguardo ad un fatto particolare ben determinato. Esempio tipico della prima specie l'*exceptio doli*; in essa rientrano tutti i singoli fatti includenti un dolo dell'attore: esempio della seconda la nostra *e. in factum*, che non risponde che ad un dato fatto particolare la *mancipatio* o la *promissio donationis causa*. È evidente pertanto che tra le due specie di eccezioni quella che si presta ad essere applicata più largamente non è certamente quest'ultima.

sieme cogli altri requisiti nominati, ad escludere l'eccezione. Per l'*usucapio* in fatti ciò è detto espressamente nei frammenti Vaticani; per la *in iure cessio* ne manca, tranne pel caso degli *excepti* cui [illegible]onazioni erano permesse, la testimonianza esplicita, ma ciò è dovuto certamente all'essere questa ormai d'uso molto raro all'epoca in cui scrivevano i giureconsulti e gl'imperatori di cui i testi sono riferiti nei fr. Vat. Per le cose *nec mancipi* poi è chiaro che la *traditio* trasferendo anche la proprietà basta questa sola, anzi che mancipazione e tradizione insieme, richiedendosi però al solito anche la superiorità nell'*utrubi* se si tratti di cose mobili.

In fine poi se oggetto della donazione sia una quantità di cose fungibili o più particolarmente una somma di danaro, la semplice numerazione basta di regola ad escluder l'*exceptio* in quanto, avvenendo per essa confusione indiscernibile dei *nummi* del donante con quelli del donatario, viene esclusa anche la possibilità dell'interdetto *utrubi* per quello: solo eccezionalmente ciò non sarebbe se i *nummi* non si confondessero. [1] Vedi VAT. FR. 311, 293, 313.

311. « PAULUS *libro 23 ad Edictum de brevibus.* Sed in persona « non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donatio- « nem. In rebus mobilibus, etiamsi traditae sint, exigitur ut et « interdicto utrubi [2] superior sit is cui donata est, sive mancipi « mancipata, sive nec mancipi tradita. »

293. « DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS A. A. AURELIO LUCIANO. « In donatione rei tributariae circa exceptam et non exceptam « personam legis Cinciae, nulla differentia est, cum et vacuae pos- « sessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur, « et si hanc secutam post huiusmodi placitum non constet, mani- « feste nec coepta videatur. Quapropter in his quidem quae solo « tributario consistunt a maiore V et XX annis in vacuam indu- « ctos vos possessionem ostendi convenit. Rerum autem mobilium

[1] Cfr. fr. 78 *de solut.* 46, 3.

[2] Il palinsesto ha solo *u.*, ma così interpretano tutti gli editori e con ragione.

« sive moventium, si excepti non fuistis, quae mancipi sunt usu-
« capta vel mancipata, post vel antea maiore tempore a vobis anni
« possessa avocari non possunt; nec mancipi vero traditione facta
« propter eiusdem interdicti potestatem similis possessionis pro-
« batio necessaria est. rel. »

313. « Diocl. et Max. et Const. Gal. Laelio Sempronio
« Laeporio. Donatio praedii quod mancipi est inter non exceptas
« personas traditione atque mancipatione perficitur, eius vero quod
« nec mancipi est traditione sola. rel. (cfr. pure Vat. fr.259, 266 *a*,
« 315, 316. Consult. vet. iurisc, 6. 10) ».

Nelle donazioni *promittendo* poi la semplice stipulazione non può mai essere obbligatoria, poichè all'azione *ex stipulatu* si opporrebbe l'eccezione, e neppure si potrebbe essa stessa far valere in alcun modo per via d'*exceptio*, per esempio opponendola in compensazione, perchè sarebbe respinta da una *replicatio legis Cinciae*. Soltanto anche qui se si tratti di una promessa di dare e la promessa sia adempiuta, la cosa data non si potrà più richiedere quando sia stato trasmesso possesso, proprietà e superiorità nell'*int. utrubi;* vale a dire anche qui saranno all'esecuzione di questa obbligazione applicati i principii stessi che valgono per la donazione *dando*. Ed infine quando la promessa non sia di dare una cosa determinata, ma abbia per oggetto una quantità di cose fungibili, o più particolarmente una somma di danaro, poichè questo si confonde di regola col danaro dell'accipiente e quindi per ciò solo resta impossibile al donante l'intentar più per esso non che la *rei vindicatio* neppur l'*utrubi*, ne consegue che il solo adempimento della promessa rende perfetta la donazione, ciò rende ormai impossibile una revoca per parte del donante.

Mi sembra dunque che se ne possa concludere esser questo lo stato del diritto circa alla donazione nell'epoca classica.

Le donazioni *dando* sono perfette, cioè sfuggono al divieto della Cincia, anche se superanti il *modus*, posto pure che un *modus*

vi sia, quando la cosa che ne forma oggetto sia stata trasmessa in proprietà del donatario per mancipazione, tradizione, *in iure cessio* o anche usucapione, e quando per di più egli ne abbia il possesso, e anche con superiorità nell'interdetto *utrubi* trattandosi di mobili.

Le donazioni aventi per oggetto una somma di danaro si perfezionano pel semplice pagamento, quando questo importi *consumptio* dei nummi.

Le donazioni *promittendo* sono invece nulle, come tali, ma possono convalidarsi per la volontaria esecuzioue, richiedendosi anche qui trasmissione di proprietà e possesso cogli effetti sopra detti, ove si tratti di donazione avente per oggetto un corpo determinato, ma bastando il semplice pagamento, di regola, ove si tratti di danaro, del quale avvenga irrevocabilmente la confusione.

Come si vede dunque le pretese forme non furono in origine che i modi abili a produrre uno stato di fatto esclusivo dell'eccezione, modi che non poterono pertanto esser determinati, come alcuni han voluto, dalla legge o dall'editto del pretore, ma si presenteranno naturalmente come aventi tale efficacia, alla quale non si oppose nè dalla giurisprudenza nè dal pretore alcun ostacolo, perchè, come or ora diremo, sembrò piuttosto utile nella pratica non star troppo rigorosamente attaccati al divieto. Così soltanto del resto si può comprendere che tali siano stati i requisiti necessari per la validità delle donazioni, mentre come forme imposte da una legge essi non si comprenderebbero. Come, per esempio, potrebbe capirsi come forma l'*usucapio?* e come la necessità della superiorità nell'*utrubi?*

A ragione pertanto il Rudorff, poichè egli parte da quella falsa idea, confessa candidamente di non capire il significato di tale forma, ed esce a pag. 38-39 della cit. *Dissert.* in queste parole: « Quid autem moverit praetorem ut in mobilibus rebus non sola traditione Cincia removeri iuberet, sed tantum possessione quae cadit in interdictum utrubi, equidem explicare non ausim ». — La

spiegazione non si può trovare se non nel nostro concetto, non essere esse formalità, ma solo i modi che naturalmente si presentavano come esclusivi dell'*exceptio* e contro i quali non si volle trovare alcun rimedio. [1]

Ma qui sorge una questione. Dato il carattere testè espresso delle pretese forme, se la cosa donata, dopo mancipata e tradita fosse tornata in possesso del donante, poteva il donatario rivendicarla, oppure gli era di nuovo opponibile l'*e. l. Cinciae?*

Mi sembra che, secondo la più rigorosa e probabilmente originaria interpretazione, la risposta debba essere per questa seconda alternativa; purchè però il donatario fosse costretto a richiedere la cosa con la *rei vindicatio* fondando così il suo diritto esclusivamente sulla donazione, e non potesse invece richiederla o con una azione personale derivante sia da contratto (commodato, locazione e simili) sia da delitto (spogliazione violenta, furto), o con un'azione

[1] Questo concetto fu già ammesso in sostanza da altri. Francke. *Ueber die lex Cincia* nelle *Civilistische Abhandlungen*, Göttingen 1826, Abhandl. I. Bruns *quid conferant Vat. fr.* loc. cit. § 9. Liebe *Die Stipulation* § 10, pag. 103. Esmarch, *Roemische Rechtsgeschichte* § 9, pag. 260 nota + + 2ª edizione. Re *Storia delle solennità negli atti di donazione dal VI secolo di Roma fino ai giorni nostri* nel Giornale di giurisprudenza teorico pratica, Anno I (unico) pag. 527 seg. Roma 1870. — Nè ad esso può fare ostacolo il passo di Plinio Ep. 10, 3 riferito dal Savigny in una sua dissertazione sulla legge Cincia contenuta nelle *Vermischte Schriften*. Vol. I, a pag. 320, dove Plinio narra di una madre che nel far donazione ad un figlio di certi fondi italici " nondum satis legitime peregerat, quod postea fecit admonita a nobis, nam et fundos emancipavit et cetera quae in emancipatione implenda solent exigi consummavit „ o quello di Svetonio *Ottone* c. 4 ove una donazione è designata come mancipazione. Il Savigny argomenta principalmente dal *nondum satis legitime peregerat* di Plinio, che la legge Cincia imponesse la mancipazione come forma necessaria per la donazione. È chiaro però che l'atto è chiamato necessità legittima solo perchè è il modo necessario di trasmissione della proprietà d'un fondo italico; e d'altronde è notevole che trattavasi qui di un figlio, *persona excepta*, al quale non sarebbero per ciò state applicabili le pretese forme della legge Cincia. (Vat. fr. 278). Per altri tentativi di spiegazione delle forme della *donatio perfecta* vedasi il Savigny stesso *loc. cit.* e *System des heutigen Roemischen Rechts* Vol. V, § 165, p. 196. Brummer *Commentatio ad legem Cinciam*, Parisiis 1668, Puchta *Institutionen* § 206, Rudorff *Diss. cit.* Unterholzner *art. cit.*, Rheinisches Museum Vol. II, III. Schilling *Inst.* § 356. Non starò però ad occuparmi di ciascuno particolarmente; basta dire che tutti peccano per attribuire in un modo o nell'altro a creazione della legge ciò che non potè essere se non effetto naturale della sua applicazione.

reale fondata su un rapporto diverso dall'originario titolo d'acquisto *ex donatione* (per esempio l'erede del donatario richiede la cosa con l'*her. petitio* dal donante che la possiede *pro herede o pro possessore*). Si capisce per conseguenza come questo ritorno di efficacia del divieto possibile in teoria, dovette essere nella pratica molto raro, perchè il donante difficilmente può tornare in possesso della cosa ch'egli stesso donò senza che ciò sia o per rapporto contrattuale, o per delitto, o perchè si pretenda erede del donatario. Pure qualche caso si potrebbe configurare, per esempio quello di un donante che comprasse o comunque acquistasse in buona fede la cosa donata da un terzo, ch'egli credesse esserne divenuto proprietario e non fosse. Ma certamente, lo ripeto, il caso dovette esser nella pratica tutt'altro che frequente: nulla di strano pertanto, che venendo a mancare ben presto il sentimento di rispetto a quel divieto, il cui rigore dovette esser tollerabile solo nei primissimi tempi, quando forse condizioni sociali particolarissime lo giustificarono, si giungesse ad ammettere che neppure in quel caso rarissimo della rivendicazione del donatario potesse più essere opposta l'eccezione. È così che nei Vat. fr. 272, 293, è detto espressamente che la donazione, una volta *perfecta*, e l'epiteto stesso del resto ne persuaderebbe, è irrevocabile.

Per tal modo la legge Cincia muta funzione. In origine essa era legge proibitiva, così è divenuta legge meramente restrittiva e richiede per la validità delle donazioni che si sia compiuto una serie di atti tali da garantire della serietà e della costanza di volere del donante; mentre esclude ogni valore obbligatorio a quella donazione che resulti soltanto da semplice promessa, perchè qui nessun fatto compiuto prova nulla per la serietà e costanza di volere del donante. In una parola, le donazioni, *supra modum* o in genere, non sono più proibite, ma il donante deve, per essere impegnato, aver dato e dato nel modo il più pieno, non basta che abbia detto; pel solo detto non si ritiene obbligato un donante: il che è poi un

risultato assai più giusto di quello che non sia il principio dei diritti moderni e dello stesso giustinianeo, per cui la promessa di donare obbliga nè più nè meno, tranne i limiti formali, che quella di vendere.

Così si comprende perchè nei fr. Vat. giureconsulti ed imperatori espongano la teoria delle *donationes perfectae*, senza pur richiamarsi mai al fondamento di essa che è il divieto di donare. Del divieto non si parla nei fr. Vat. se non dove, a proposito delle *personae exceptae*, si commenta il testo stesso della legge; del resto si parla sempre di atti necessarii alla perfezione della donazione, quasichè la legge anzi che una disposizione proibitiva avesse contenuto semplicemente la prescrizione di certe formalità. E per ciò è stato possibile che molti autori ritenessero tale appunto il contenuto della legge Cincia, ma noi abbiamo già dimostrato che ciò non potè essere. Particolarmente alcuni dei requisiti richiesti alla perfezione, se possono dalla giurisprudenza che li trovò con altra funzione originaria avere ormai ricevuto quella di indizii di perseveranza o di serietà del volere, non possono immaginarsi come nati con tale funzione e prescritti da una legge come vere forme.

Ma a questo punto non si fermò la giurisprudenza. Messa su questa via essa arrivò, od anzi guidata da essa vi arrivò la legislazione imperiale, ad ammettere che non solo se compiuta con tutte le formalità stabilite la donazione dovesse valere, ma se si potesse provare che il donante avesse perseverato nella sua volontà sino alla morte, per ciò solo il divieto sarebbe stato disapplicato con la concessione di una *replicatio doli* da opporsi all'*exceptio legis Cinciae*. È il principio espresso dai giureconsulti con la formula *morte Cincia removetur* (Vat. fr. 259, 266, 294, 312), e che deve essere stato sancito la prima volta da Caracalla. [1]

[1] Ulpiano nel FR. VAT. 266 (Lib. 26 ad Edictum) attribuisce questo principio da un rescritto dell' imperatore allora vivente (*imperator noster*) e nello stesso lib. 26 ad Ed. (fr. 26 pr. 12, 6) indica come già morto Settimio Severo (*divus Severus*); Pa-

Da che cosa poi questa perseveranza di volontà possa argomentarsi non è sempre facile a determinare. Nel Fr. Vat. 259 ci è dato il seguente esempio:

Una donna avea donato a un Latino senza l'*auctoritas* del tutore un fondo stipendiario con annessi schiavi, animali e strumenti. La donazione, per quanto la tradizione avesse avuto luogo, non potea dirsi perfetta se non pel fondo; per le accessioni che fossero cose *mancipi*, non lo era invece, essendo mancata la trasmissione di proprietà per l'incapacità della donna di mancipare *sine auctoritate tutoris*, e non potendo supplire a queste l'usucapione inammissibile per la stessa ragione. Alla donna quindi restava la possibilità di intentare la *rei vindicatio* per queste cose e di respingere con una *replicatio legis Cinciae* la possibile *exceptio rei traditae* del Latino. Ma se essa fosse morta senza intentare tale azione, quindi perseverando nella volontà donativa, gli eredi di lei non avrebbero potuto, secondo Papiniano autore del fr., intentarla essi con ugual successo, perchè alla loro *replicatio legis Cinciae* il Latino avrebbe potuto alla sua volta opporre una *duplicatio doli, quia morte Cincia removetur.* [1]

piniano poi mostra pure di conoscere il principio *morte Cincia removetur* nel libro 12 Responsorum (Vat. fr. 259, 294). Poichè dunque l'imperatore vivente non può essere Settimio Severo, e neppure Alessandro Severo, come vorrebbe il Savigny (*System.* IV, pag. 197 nota *f*) nè alcun altro posteriore a Caracalla, essendo Papiniano morto sotto il regno di questo, la notizia di Ulpiano può riferirsi soltanto a Caracalla. E questo concorderebbe colla circostanza ben nota che appunto Caracalla insieme col padre suo, fu autore dell'*Oratio* analogamente disponente circa alle donazioni fra coniugi che il divieto dovesse cessare se il donante morisse perseverando nella sua volontà. (cfr. Fitting, *Alter der Schriften des Röm. Juristen* pag. 31 e 40).

[1] Papinianus, *libro XII Responsorum* — Mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipi donationem esse apparuit, servos autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi; non enim mortis causa capitur quod aliter donatum est, quoniam morte Cincia removetur.

Quest'ultima frase si riferisce alla disposizione per cui ai Latini Juniani, ai quali senza dubbio allude Papiniano, era proibito di *capere mortis causa*; la donazione convalidata per morte del donante non si considera però *mortis causa*, quindi anche al Latino si concede nel caso nostro la *duplicatio doli* — Cfr. Huschke *Jurispr. Anteiust.* ad h. fr. nota 81. Bruns *Quid conferant Vat.* fr. loc. cit. § 8, pag. 131.

Altri casi precisi, oltre questo, non abbiamo nelle fonti. Nel Fr. Vat. 312 è espresso semplicemente il principio che la *donatio imperfecta* è confermata dalla volontà perseverante del donante nè quindi è più revocabile dai suoi eredi; nel fr. 266 Ulpiano dice che l'*exceptio legis Cinciae* spetta non solo al donante, ma anche all'erede di lui, *nisi forte durante voluntate decessit donator: tunc enim doli replicationem locum habere imperator noster rescripsit:* in fine Papiniano nel fr. 294, trattando delle donazioni a favore dei *filii in potestate* nulle assolutamente, dice ch'esse non si confermano se non col testamento, a differenza delle donazioni contrarie alla legge Cincia, ove basta la semplice perseveranza di volontà fino alla morte per escludere l'*exceptio legis Cinciae.* Da tutti questi testi non è dato argomentare nulla di determinato dunque. Una cosa però mi sembra che si possa dire con molta probabilità di dire il vero, ed è che non dovette bastare per l'applicazione del principio *morte Cincia removetur* il semplice fatto di non aver revocato la donazione mai adempiuta. Se, per esempio chi promise *donationis causa* non fece nulla che confermasse la sua promessa, ma neppure la revocò nè ebbe occasione di opporre l'*exceptio* perchè il donatario non lo convenne mai per l'adempimento, in questo solo non vedrei la perseverante volontà richiesta per accordar dopo la morte la *replicatio doli* al donatario. Ma se vi fu un'esecuzione imperfetta, come per esempio nel caso del Vat. fr. 359, o anche la conferma, trattandosi di donazione per promessa, per mezzo di un costituto, di una costituzione di pegno e simili, direi che l'eccezione non dovesse aver più efficacia. Insomma, non occorre neppure un adempimento imperfetto per l'esclusione della Cincia *morte*, ma non basta d'altro lato il non aver manifestato l'intenzione di revocare; occorrono atti o fatti che dimostrino la perseveranza nella volontà liberale fino alla morte.

§ 4. Abbiamo fin qui esaminati i due casi più semplici, la donazione *dando* e la donazione *promittendo* direttamente e ne ab-

biamo concluso che il diritto della Cincia, quale fu applicato nell'epoca classica, portasse la conseguenza che le prime non fossero efficaci se non quando perfezionate colla *mancipatio*, *traditio* e trasmissione di possesso con superiorità nell'*utrubi*, secondo i casi, le seconde non fossero efficaci come tali mai, ma solo divenissero perfette o coll'attuarsi di quelle stesse forme, ove si trattasse di promesse di dare corpi determinati, o coll'esecuzione volontaria, per lo meno, ove si trattasse di promesse di danaro. Ma le donazioni, osservavo già sopra, possono compiersi non solo per trasmissione di proprietà o per stipulazione, ma anche in altri modi, per liberazione sia nella forma dell'*acceptilatio* sia in quella del *pactum*, per assunzione o pagamento di debito altrui, per delegazione, per cessione di credito e via dicendo. Come e fino a qual punto si applicava la legge a questi casi? E ve n'erano alcuni a cui non fosse possibile applicarla direttamente? E in tali casi c'era una frode alla legge da evitarsi? E come la si evitava? Cercheremo di rispondere a queste domande in quanto le fonti ce lo permettano.

Non mi par dubbia la risposta alla prima domanda. La legge Cincia si dovette applicare per mezzo dell'*exceptio* o della *replicatio legis Cinciae* non alle sole donazioni *dando* o *promittendo*, ma anche a tutte le altre cui l'opposizione di un'*exceptio* o d'una *replicatio* fosse possibile.

Le donazioni *liberando* possono avvenire per accettilazione o per patto. Per le prime sembrano escluder l'eccezione i seguenti due testi, fr. 17 *de don.* 39, 5. Const. 2 *de acceptil* 8, 43.

« Si in stipulatum indicatum novationis causa deductum sit et stipulatio donationis causa accepta lata, dicendum est locum liberationem habere. (Ulpianus, lib. 58 ad Edictum) ».

« Si donationis gratia novatione facta per acceptilationem praestiteris liberationem, omnis agendi vis perempta est. (Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Claro) ».

I due testi sembrano decisivi ed in particolare il secondo che

espressamente afferma *perempta omnis vis agendi* per effetto dell'accettilazione. — Meritano anche considerazione questi altri due, fr. 10 § 13, fr. 12 pr. *mand.* 17, 1.

« Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditori vel si eam liberationem legavit. (Ulpianus, lib. 31 ad Edictum) ».

« Si vero non remunerandi causa sed principaliter donando fideiussori remiserit actionem, mandati eum non acturum (Ulpianus, lib. 31 ad Edictum) ».

Ulpiano parla dell'*acceptilatio don. causa* come di un negozîo perfettamente valido, e nulla fa sospettare qui neppure un'interpolazione dei compilatori. Si potrebbe tutt'al più pensare che il giureconsulto si riferisse alle sole donazioni *infra modum*, se pure il *modus* ci fu. Ma nulla lo accenna nella legge e del resto la natura stessa dell'acceptilatio spiega benissimo, s' io non erro, la esclusione dell'*e. l. Cinciae*: come modo di estinzione operante precisamente come il pagamento, essa non poteva esser paralizzata dall'*exceptio legis Cinciae*, perchè toglieva la possibilità al creditore fino d'intentare l'azione pel credito. In fatti se egli, fidando nel divieto della Cincia, avesse voluto intentar l'azione pel credito, il debitore donatario non avrebbe avuto bisogno di opporgli alcuna *exceptio* formale, si sarebbe limitato a negare di esser debitore per effetto dell'accettilazione; a questa semplice negazione il donante non avrebbe avuto modo di opporre il divieto della Cincia con una *replicatio*, e poichè l'*acceptilatio* era, per quanto contro legge, valida (questo era l'effetto dell'imperfezione della legge) in niun modo avrebbe potuto salvarsi. Soli spedienti, che avrebbero potuto restargli, una *condictio ob iniustam causam*, oppure una *restitutio in integrum*. Ma di ciò non vogliamo ora toccare. [1]

[1] Le cose camminavano molto diversamente, quando si trattava di donazione fra coniugi perchè il divieto che colpiva questa era invece perfetto e sanciva la nullità

La cosa invece è diversa pel *pactum de non petendo* così in perpetuo, come *intra tempus*, perchè in tal caso la donazione si deve far valere per via di eccezione che può essere paralizzata da una *replicatio legis Cinciae.* [1] Evidentemente però in tali casi tutti gli effetti utili che il patto può avere avuto fin che fu rispettato sono irrevocabili, e anche perfettamente validi gli acquisti che ne derivano perchè nessun creditore che abbia trascurato l'esazione del proprio credito, qualunque ne sia stato il movente, può pretendere dal debitore la restituzione di ciò che vi abbia guadagnato, tranne il caso di mora, ben s'intende: e questa è in sostanza la condizione di chi ha fatto un patto di non chiedere e poi l'ha rispettato, pur potendo violarlo.

Identico nella costruzione giuridica e per ciò negli effetti, è il caso di chi per patto abbia a titolo di donazione assunto l'obbligo di non richiedere per un certo tempo od in perpetuo una cosa di sua proprietà, che sia in possesso del donatario. Questo patto può servire alla donazione dell'uso per un tempo più o meno lungo, ed è evidente che il divieto della legge Cincia avrebbe potuto in tale ipotesi farsi valere coll'opporre all'*exceptio pacti* con cui il donatario tentasse di paralizzare l'azione del donante, *rei vindicatio*, *interd. de precario*, etc. una *replicatio legis Cinciae.* Di questo stato del diritto noi abbiamo qualche testimonianza nelle Pandette pel caso in cui fosse concesso per semplice patto l'uso gratuito d'una casa.

Fr. 27 *de donat.* 39, 5.

« Papinianus, *libro XXIX Quaestionum* — Aquilius Regulus « iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam et cum

della donazione. Cfr. fr. 5, § 1 *de d. i. v. et ux.* 24, 1 (*Acceptilatio non valet;* dice ivi Ulpiano). Al contrario quando una *acceptilatio* fu fatta a titolo di donazione *mortis causa*, se la donazione si annulla per convalescenza di chi donò in pericolo di vita, pur tuttavia l'*acceptilatio* non si considera non avvenuta e occorre concedere una *condictio* al donante per revocarne gli effetti. Fr. 24, fr. 35 § 6 *de m. c. donat.* 39, 6.

[1] Ciò si argomenta anche dal fr. 1, § 1 *quibus modis pign. solv.* 20, 6.

« patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua melio-
« rem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eo-
« que uti. Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur
« Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi
« non meram donationem esse, verum officium magistri quadam
« mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem
« sequentis temporis irritam esse. Quod si expulsus Nicostratus
« veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario pro-
« ponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui
« usum cenaculi accepit. »

Fr. 32 *cod.*

« Scaevola, *libro V Responsorum.* — Lucius Titius epistolam
« talem misit: « Ille illi salutem. Hospitio illo quamdiu volueris
« utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate
« mea facere hac epistola notum tibi facio: Quaero an heredes eius
« habitatione eum prohibere possint. Respondit secundum ea quae
« proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem. »

Fr. 9 pr. *cod.*

« Pomponius, *libro XXXVIII ad Sabinum.* — In aedibus
« alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere
« videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit.
« Potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti
« si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum
« tempus ab eo petam. »

Questi fr. non contengono tutti un'identica soluzione, ma fanno tutti un caso identico. Si tratta di una concessione di abitare gratis fatta o per epistola (fr. 27, 32) o in modo non formale certo (fr. 9), concessione avente dunque sempre il carattere di un semplice *pactum*.

Infatti la concessione di abitare gratis non è commodato, perchè una casa non è cosa mobile, non è locazione perchè *locatio sine mercede esse non potest*, giuridicamente non la si può dunque co-

struire se non come concessione precaria della casa, aggiuntovi il patto di non richiederla prima d'un certo tempo o d'un determinato uso.

La respettiva posizione giuridica delle parti è dunque questa.

Il concedente può richiedere la casa colla *rei vindicatio* o Publiciana, insomma con un'azione reale, o coll'interdetto *de precario*, se pure un precario vi fu in questo: il concessionario non ha altro modo per far valere il suo diritto che di opporre una *exceptio pacti conventi* al concedente che ripete la cosa prima del termine stabilito; il concedente può dunque a sua volta opporre la *replicatio legis Cinciae* se la concessione fu fatta *contra legem Cinciam*. A me sembra che questo appunto fosse il problema risoluto dai tre giureconsulti, sebbene diversamente da ciascuno perchè ciascuno considerava il problema sotto un riguardo diverso.

Nel fr. 27 Papiniano nega che il patto intervenuto fra A. Regolo e Nicostrato sia donazione e per ciò nega agli eredi di Regolo la facoltà di richieder da Nicostrato la casa in cui gli fu concesso di abitare; nel fr. 32 invece Scevola riconosce la donazione e accorda agli eredi del concedente la facoltà di revocare. Nel diritto giustinianeo questi testi si spiegano malamente. Il primo deve essere forzatamente riferito a una concessione superiore a 500 solidi non insinuata, pel secondo si è ricorso all'artificio di ritenere fondata la decisione nella speciale clausola « idque tu ex voluntate mea facere notum tibi facio », la quale indicherebbe che il donante non faceva che una concessione meramente precaria e revocabile. [1]

Dalla lettura impregiudicata del testo però questo non appare.

La spiegazione soddisfacente dei due passi si ha invece con riguardo alla legge Cincia. Gli eredi di Regolo nel caso risolto da

[1] Glossa *ad h. l.* casus; e v. *ex voluntate.* " Hic declarat esse precarium quod ex voluntate durat et revocatur, ut s. l. 1, § 1, 2. Accursio „. Il Fabro, *Coniecturae iuris civilis* II, 19, corregge *volueris* in *voluerim* (quamdiu voluerim), molto opportunamente, mi sembra, una volta ammessa l'interpretazione della Glossa. Vedi pure Schulting, *Notae ad Digesta*, ad h. l.

Papiniano rivendicavano la casa del loro autore e all'*exceptio pacti* di Nicostrato opponevano una *replicatio legis Cinciae;* Papiniano disse non essere questa *replicatio* opponibile perchè qui non si trattava di vera donazione, ma di una rimunerazione di servigi. Nel caso di Scevola invece il dono era stato fatto senza riguardo a servigi da rimunerare ed era perciò vera donazione e gli eredi del concedente poteano rivendicare la casa e vittoriosamente opporre all'*exceptio pacti* la detta *replicatio.* Nè d'altra parte avrebbe potuto il convenuto difendersi con una *duplicatio doli* fondandosi sul principio *morte Cincia removetur*, perchè, trattandosi di donazione perfezionantesi giorno per giorno col tollerare l'uso della casa, non c'era nell'aver tollerato fino alla morte nessuna perseveranza di volontà che potesse impegnare definitivamente, la tolleranza prestata fino ad oggi non facendo per nessun motivo presumere di quella del domani e non valendo così a trasformare in definitivo ciò che, per natura sua, era precario.

A questo punto si presenta lucido anche il significato del fr. 9 pr.

Il testo non dice, nella forma in cui noi lo possediamo, se sia questo o non sia un caso d'applicazione della *lex Cincia*, dice soltanto che la concessione di abitare gratis *donatio videtur.* A che proposito Pomponio dicesse ciò non ci è dato conoscere; certo è soltanto che la questione era puramente di concetto. Si trattava di decidere se anche senza trasmissione di alcun diritto su cose od a cose, per semplice patto, si potesse aver donazione e il giureconsulto risponde di sì, richiamandosi al caso del *pactum de non petendo intra tempus* che può pure valere come donazione. Quanto all'applicazione della Cincia il testo ora non dice nulla, e neppure ci è dato sapere se dicesse nulla in origine, ma non può, mi pare, negarsi la possibilità dell'applicazione a questo caso della *replicatio legis Cinciae*, data la parificazione che Pomponio fa col caso della donazione remissoria, sia in perpetuo sia a tempo, per patto.

Nè in contrario si potrebbe richiamarsi all'espressione *potest valere donatio et citra corporis donationem. Potest valere* non significa già *valet* e non indica dunque altro se non la rispondenza concettuale di questa ipotesi con la donazione, di maniera che può aversi in essa una donazione valida, nei casi, s'intende, in cui tale validità non è da alcuna disposizione di legge nè da altro motivo ostacolata.

§ 5. Consideriamo ora l'ipotesi di una donazione mediante delegazione. Può avvenire in quattro modi: 1° per delegazione che il donante faccia del proprio debitore al donatario; 2° per delegazione che il donante assuma verso un creditore del donatario; 3° per delegazione di un debitore del donante a un creditore del donatario; 4° per la delegazione di un donante del donante al donatario, o del donante a un donatario del donatario. Queste quattro ipotesi possono poi avverarsi anche in esecuzione di una promessa di donazione già avvenuta, ma allora non è più il caso di donazione che si faccia mediante delegazione; pur tuttavia anche quel caso merita esame, comportando anzi esso nella quarta ipotesi una soluzione diversa.

Considerando dunque le varie ipotesi dirò che nelle prime tre l'*e. legis Cinciae* non è opponibile per la ragione che uno al meno dei due contraenti dà o riceve a titolo oneroso; e ciò tanto nel caso di donazione mediante delegazione, quanto nell'altro di delegazione fatta in adempimento di una promessa di donazione precedente. Quando il donante sia delegato al creditore del donatario egli non può infatti opporre l'*e. l. Cinciae* al delegatario poichè questi riceve il suo e non è affatto un donatario; viceversa il debitore delegato al donatario non può sottrarsi a pagare quello che deve col pretesto che chi lo delegò lo fece per donare al delegatario o, ciò ch'è lo stesso, per adempiere una promessa di donazione; egli è debitore e fra lui e il delegatario non vi ha alcun rapporto di donazione. Finalmente è evidente che se sia un debitore del donante delegato ad un creditore del donatario, tanto meno si potrà parlare di *e. l. Cinciae*

perchè l'atto è a titolo oneroso per ambedue le parti. Questi principii sono insegnati assai chiaramente da CELSO (lib. 28 Digestorum) in fr. 21 pr. § 1 *de donat.* 39.5.

« Ut mihi donares creditori meo delegante me promisisti: fac-
« tum valet, ille enim suum recepit. § 1. Sed si debitorem meum
« tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris
« donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor
« exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum
« quasi exacta a debitore meo pecuniam tibi donaverim et tu illam
« ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo non-
« dum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam
« in id quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum
« tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debi-
« tore meo exegisti, in hoc quod modum legis excedit habeo con-
« tra te condictionem. (CELSUS, libro 28 Digestorum). »

Il testo è di quelli ove potrebbe forse ritenersi interpolata la menzione del *modus*. È notevole infatti che nel pr. Celso fa semplicemente il caso *ut mihi donares promisisti*, nel § 1 parla invece di delegazione *donationis immodicae causa;* potrebbe dunque ritenersi forse, come accennavo già nel § 2, interpolato quest'ultimo accenno. Comunque sia, al LENEL sembra probabile un'altra interpolazione, nella frase *si quidem . . . . a debitore meo exegisti;*[1] e a questa io sottoscrivo pienamente. Per tacere di altri argomenti, come l'indizio fortissimo che si riscontra nella forma di distinzione tutta propria dei compilatori *si quidem pecuniae . . . . , sin autem pecunias...*, un argomento assai valido mi sembra la menzione dell'azione rescissoria più facilmente uscita dalla penna dei compilatori che da quella di Celso.

Sul significato di questa rescissoria gli scrittori non sono

[1] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Celsus fr. 237 — Cfr. pure FRANCKE, *Abhandlungen* cit. pag, 23. WARNKOENIG negli *Jahrbücher der juristischen Literatur* dello SCHUNCK, Vol. XIII, pag. 248 seg.

d'accordo. L'UNTERHOLZNER, [1] per esempio, l'intende come una *condictio* contro il delegatario con cui il donante pretende la trasmissione del credito fattogli acquistare colla delegazione. Ma è chiaro che nel testo questa rescissoria è concessa contro il delegato (*adversus debitorem*). Altri intende per essa un'azione rescissoria contro il delegato per far valere il primitivo credito simile all'azione rescissoria o restitutoria con cui quegli che perse per l'intercessione della donna un credito può nuovamente farlo valere [2]. Questo potrebbe sembrare un significato ragionevole; ma quest'azione rescissoria non si comprende se non in seguito all'annullamento del debito assunto dal delegato verso il delegatario, e questo non essendo pronunciato *ipso iure* secondo la legge Cincia e neppure per via d'eccezione opposta dal delegato, evidentemente prima occorreva farlo pronunciare per mezzo di una *condictio* concessa al donante contro il donatario, e, ottenuta così la liberazione del delegato, allora soltanto era possibile il ritorno della vecchia azione come rescissoria. Invece il testo sembra dare alla rescissoria contro il delegato l'effetto di liberarlo direttamente dal debito validamente contratto verso il delegatario per ciò che superava il *modus* e di far rinascere contemporaneamente per quella parte il vecchio debito verso il delegante. Ora, che questo abbia scritto Celso a me non par possibile. E forse neppure i compilatori pensarono ciò; forse essi non intesero che questa rescissoria dovesse aver effetti così anormali, e non pensarono che a completare il testo di Celso che non parlava che di *condictio* contro il delegatario, ma la parola tradì l'idea e, costretti a lavorare in fretta sul testo di un altro, fecero nascere una confusione, dove cercavano maggiore completezza. Anche la qualifica di *rescissoria* applicata ad un'azione che

[1] *Art. cit.* nel *Rheinisches Museum* III, pag. 163 seg. e nota 54.

[2] SCHILLING, *Institutionen* § 357, nota qq. PUCHTA, *Inst.* § 206, II, p. 387, 3ª ediz. BRUNS *loc. cit.* pag. 128 e già prima di tutti la GLOSSA ad h. leg.

i giureconsulti classici avrebbero chiamato piuttosto *restitutoria*, come chiamarono appunto quella che nasce dal S. C. Velleiano (quest'ultima è chiamata *rescissoria* una sola volta da Diocleziano nella l. 16 Cod. *Ad S. C, Vell.* 4. 29) fa pensare qui a un' interpolazione. Credo dunque che il testo originario dovesse dire semplicemente: « Sed si debitorem meum . . . . . credideris. *Sed ego habeo contra te condictionem in id quod modum legis excedit.* » Se pure anche le parole *in id* rel. non mancarono.

Il ragionamento di Celso è evidente. Nel primo caso il donante non può opporre l'*exceptio* al creditore che ha ricevuto il nuovo debitore in luogo dell'antico, perchè quegli *suum recepit;* nel secondo il debitore non può neppure opporla perchè da lui si richiede l'adempimento d'un debito, ed è come se avesse pagato la somma dovuta al creditore e questi l'avesse poi donata al delegatario, il quale a sua volta l'avesse mutuata a lui.

Ciò del resto non è che l'applicazione di un principio spesso ripetuto in tema di delegazione nelle fonti, pel quale ogni qual volta ad un debito soggetto ad eccezione ne sia per delegazione sostituito uno verso un creditore o d'un debitore non avente nè sofferente eccezione, la primitiva eccezione non si può opporre. cfr. fr. 12, 13 de *novat.* 46, 2.

« Si quis delegaverit debitorem qui doli mali exceptione tueri « se posse sciebat similis [1] videbitur ei qui donat, quoniam remit- « tere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit cre- « ditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit « quia ille suum recepit; sed is qui delegavit tenetur condictione, « vel incerti si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset, « et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati indicio. « (Paulus, lib. 31 ad Ed.),

« Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo,

[1] Il Mommsen inserisce *is*, scil. debitor.

« exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui de-
« legavit competit. (Ulpianus lib. 38 ad Ed.) [1] »

Nella quarta ipotesi, come ho detto, la questione comporta una soluzione diversa secondo che si tratti di delegazione con cui si fa direttamente la donazione, oppure di delegazione in adempimento di una precedente promessa. Per maggior chiarezza dell'esposizione occorre che ci occupiamo prima di questo caso che di quello.

Quando la delegazione di un proprio donante al proprio donatario, o viceversa del donante stesso al donatario del proprio donatario, ha luogo in seguito a una precedente promessa, essa è destinata ad adempiere quella e ad avere per ciò funzione solutoria. Ora, è naturale che l'obbligazione, che a questo scopo deve servire, non possa aver piena efficacia se non in quanto una almeno delle due possibili obbligazioni precedenti avesse pure efficacia e fosse suscettibile di pagamento, e per conseguenza quando di queste obbligazioni precedenti non ve ne sia almeno una valida, ma siano, tutte due o l'unica, paralizzabili con un'*exceptio*, anche l'obbligazione nuova che vi si sostituisce non può non esser paralizzabile essa pure. Ciò è insegnato chiaramente pel caso di delegazione *interventu novi creditoris* nei testi seguenti.

Fr. 7 *de doli mali et metus except.* 44, 4.

« Ulpianus, *libro 76 ad edictum.* Si pecuniam, quam me tibi
« debere existimo, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas,
« exceptione doli mali petero me tueri et praeterea condictio nichil
« adversus stipulatorem competit, ut me liberet. § 1. Idem Iulianus
« ait, si ei quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam,
« quam me tibi debere existimabam promisero, petentem doli mali
« exceptione summaveri, debere, et amplius agendo cum stipula-
« tore consequar ut mihi acceptam faciat stipulationem. Et habet

[1] Cfr. pure fr. 19 *eod.* fr. 4 § 20 *de doli exc.* 44, 4, fr. 1, § 10 *quar. rer.* 44, 5 fr. 9, § 1 *de cond. causa d.* 12, 4, fr. 78, § 5 *de iure dot.* 23, 3, fr. 41 *de re iud.* 42, 1.

« haec sententia Iuliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar « exceptione et condictione, cui sum obligatus ».

Fr. 2 § 3, 4 *de don.* 39, 5.

« Julianus, *libro LX Digestorum* — § 3. Aliud iuris erit si « pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spopondé- « rim ei cui donare volebas: exceptione enim doli mali tueri me po- « tero et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut « mihi acceptam faciat stipulationem. § 4. Item si ei quem credito- « rem tuum putabas iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existi- « mabam promisero, petentem doli mali exceptione summovebo et « amplius incerti agendo cum stipulatore consequar ut mihi accep- « tam faciat stipulationem ».

Come si vede, Giuliano insegnava che tanto nel caso di delegazione di un presunto debitore a un presunto creditore, quanto in quello di delegazione di un presunto debitore a un donatario non affatto creditore, la nuova obbligazione del delegato fosse sempre paralizzabile con una *exceptio doli*, e ciò perchè nessuna obbligazione ineccezionabile esisteva a fondamento di questa nuova.

Fra i moderni scrittori non tutti trovano soddisfacente questo insegnamento, perchè sembra essere poco in armonia coll'altro principio indubitato che la delegazione di un vero debitore a un presunto creditore o ad un donatario, o quella di un presunto debitore, o d'un donante, a un vero creditore abbia piena efficacia. Pertanto il Windscheid, che pure nella sua *Teoria del presupposto* avea tentato una spiegazione logica della differenza [1], vi ha poi rinunciato

[1] Windscheid *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung* Düsseldorf 1850, n. 63, pag. 94. Egli spiegava la differenza fondandosi sulla teoria del presupposto in questo modo: Quando alcuno, credendosi erroneamente debitore di A, promette, per liberarsi, a B creditore di A, la promessa ha piena efficacia, nè egli può ripetere ciò che in forza di essa abbia prestato perchè il presupposto principale di questa nuova obbligazione era l'intenzione di estinguere non la propria obbligazione verso A, ma quella di A verso B. Al contrario se nemmeno B era creditore, neppure a questa intenzione risponde il fatto e manca ogni presupposto alla validità dell'obbligazione nuova. La spiegazione è erronea in quanto si richiama al presup-

nelle Pandette ove trova che il principio insegnato da Giuliano è un'eccezione al rigore del diritto fondata solo su un principio di equità [1]. Pel VOIGT poi non vi ha giustificazione alcuna, è quella una dottrina erronea ed antiquata respinta dai più giovani giureconsulti, quali Trifonino, Marcello, Paolo, Ulpiano [2].

Io confesso che non saprei adattarmi a questi concetti. Non vi ha, secondo me, nè alcuna benigna eccezione, nè alcuna opinione antiquata qui: la cosa è chiarissima. La nuova obbligazione fra delegato e delegatario è pienamente efficace ogni qual volta una almeno fra le due possibili obbligazioni vecchie, sia efficace, perchè allora serve a soddisfare quella, è inefficace invece quando non sia efficace nessuna di quelle due o non lo sia l'unica, che avrebbe dovuto essere soddisfatta coll'assunzione della nuova. Quindi è evidente che quando il delegato prometta al creditore del delegante, sia pur nella erronea opinione di esser egli debitore di questo, per quanto il presupposto psicologico della sua obbligazione possa mancare, essa è pur tuttavia valida, perchè ha sempre una base nella vecchia obbligazione dal delegante verso il delegatario rimasta così soddisfatta: lo stesso dicasi del caso inverso del debitore delegato che promette a un non creditore del delegante, pur credendolo creditore: la sua promessa è efficace perchè ha servito a soddisfare un'obbligazione, la sua. Ma quando invece nè l'una nè l'altra delle due obbligazioni che

posto, cioè ad un fatto avuto di mira dai contraenti come scopo del negozio, mentre nella pratica il delegato può anche non sapere, e spesso non sa, che il delegatario sia un creditore del delegante; quindi l'intenzione sua, e il presupposto in che gli assume l'obbligazione nuova, è solo quella di liberarsi dalla propria antica verso il delegante. Ma nella sostanza il concetto è giusto, perchè l'inefficacia dell'obbligazione nuova nell'ultimo caso è appunto derivante dall'aver essa il suo fondamento in una delle due vecchie cui essa dovea soddisfare, e che sono invece inefficaci ambedue, nel primo caso al contrario ve n'è delle vecchie una almeno efficace e tanto basta perchè la nuova nasca con piena validità.

[1] WINDSCHEID *Pand.* § 355, nota 9. Anche il SALPIUS sebbene non tratti *ex professo* la questione, accenna nella sua *Novation und Delegation* (Berlin, 1864) pag. 122 a una deviazione dallo stretto diritto per riguardi di equità.

[2] VOIGT *Ueber die Condictiones ob causam und ueber causa und titulus im allgemeinen.* Leipzig 1862, § 50 pag. 366 seg.

le parti poteano aver di mira sia efficace, allora è naturale che neppur la nuova obbligazione assunta dal delegato possa valere; le mancherebbe la causa. Infine è ben diverso, e lo si comprende a prima vista, il caso di una delegazione fatta senza aver di mira alcuna obbligazione precedente; allora il fondamento dell'obbligazione nuova deve ricercarsi altrove e non può quindi parlarsi mai di nullità per mancanza di precedente obbligazione.

Il Windscheid non ha veduto tutto ciò ed è caduto nell'equivoco. Egli tratta di questi casi nella teorica della novazione e si domanda se, come l'effetto estintivo della novazione esiste solo quando si costituisce una nuova obbligazione, viceversa poi la costituzione della nuova abbia luogo solo quando ci sia una vecchia obbligazione cui la nuova estingua, e distingue fra il caso in cui il contratto appaia diretto in maniera decisiva ad una novazione e quello in cui ciò non appaia. Nel primo caso si ha il contratto tipo di novazione e quindi la necessità della vecchia obbligazione è assoluta; nel secondo bisogna di nuovo distinguere. Può darsi che, pur mancando la dichiarazione esplicita che le parti vogliono estinguere un debito vecchio con la creazione di uno nuovo, vi sia nel contratto un riferimento a un debito vecchio (per esempio, ti prometto i dieci che ti deve Tizio, ti prometto *quidquid ex vendito dare facere oportet*), e in tal caso la mancanza o invalidità della vecchia obbligazione cui le parti si riferirono rende nulla o inefficace anche la nuova; ma può darsi invece che neppure un tale riferimento vi sia, e allora l'obbligazione nuova è sempre valida, e solo può, quando la promessa sia stata fatta sotto un presupposto che non si avverò, essere paralizzata con una *exceptio doli* e revocata con una *condictio*. Per conseguenza, venendo all'applicazione del suo principio, il Windscheid trova che il debitore delegato ad un nuovo creditore non può opporre a questo i vizî del proprio debito, richiamandosi al presupposto della sua promessa(estinzione del proprio debito), se non quando questo presupposto sia stato fatto conoscere al creditore nell'assu-

mere verso di lui la nuova obbligazione; e se nei testi da noi sopra riferiti (fr. 7, 44, 4, fr. 2, § 3, 4, 39, 5) ciò è ammesso, è soltanto eccezionalmente per riguardi di equità.

Ora, tralasciando di ricercare se opportunamente il Windscheid ponga in generale la delegazione fra i casi di novazione, ricerca che ci porterebbe inutilmente fuori di strada, e osservando piuttosto, così di passaggio che il suo modo di ragionare è assolutamente incomprensibile quando si parta, com'egli sembra fare, dal concetto che questi sieno casi di novazione, l'equivoco è ad ogni modo evidente. Nei casi in cui le fonti negano al delegato presunto debitore o donante l'eccezione contro il delegatario vero creditore ciò dipende esclusivamente dal fatto che l'obbligazione da quello assunta ha un fondamento nel credito del delegatario; e poichè questi *suum recepit*, come dicono più volte i testi sopra citati, la delegazione ha raggiunto il suo effetto solutorio, riguardo al debito del delegante, e non può per ciò essere impugnata. Non è dunque, come crede il Windscheid, per il sottentrare di un nuovo creditore nel rapporto inefficace fra delegante e delegato, ma invece pel sottentrare di un nuovo debitore nel rapporto efficace fra delegato e delegatario, che la delegazione adempie qui la sua funzione. S'immagini invece un caso in cui vi sia veramente il sottentrar di un nuovo creditore soltanto in un rapporto originario inefficace fra delegante e delegato, e allora, poichè l'unico fondamento della nuova obbligazione verrebbe a sparire, dovrebbe anche mancare necessariamente l'efficacia di questa. Il che è appunto ciò che insegna Giuliano.

Quanto al Voigt mi sembra che il suo concetto non abbia ormai bisogno di una lunga confutazione. Gli argomenti di questo scrittore, che riguardano soltanto il caso della delegazione di un presunto debitore a un donatario, (fr. 7, 44, 4 e fr. 2 § 3, 39, 5) si riducono ad osservare che la persona che in tal caso si arricchisce a danno del delegato non è già il delegatario, che riceve in sostanza il suo, ma il delegante che da un canto libera il suo presunto debitore

da un debito inefficace e d'altro canto libera sè da un debito valido. Giustizia dunque vuole e ragioni di economia dei giudizi consigliano che l'arricchimento si possa ripetere direttamente da chi si arricchì o, ciò ch'è lo stesso, rifiutarsi a prestargli ciò che gli è dovuto, perchè egli poi debba a sua volta rivolgersi in via di regresso al delegante. Ora qui vi ha un enorme equivoco, perchè il Voigt non s'è accorto che Giuliano ed Ulpiano parlano non già d'uno che fosse creditore *ex donatione* e a cui colla delegazione non si facea che pagare ciò che avanzava, ma di uno cui si volea donare e a cui a tal fine si delegava un debitore appunto perchè divenisse egli creditore. È evidente dunque che tutto il ragionamento del Voigt cade.

Analogo principio deve, s' io non erro, valere pel caso inverso di delegazione di un non debitore ad un creditore contro cui possa opporsi un' *exceptio* a paralizzare il credito.

Qui pure il delegato, che non fu debitore e pel quale quindi la delegazione non ha scopo solutorio di un proprio debito non può ritenersi validamente obbligato se non quando il credito del delegatario che è l'unico cui la nuova obbligazione tenda a soddisfare, sia pienamente efficace. L'inefficacia di questo autorizza dunque il delegato ad opporre al delegatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre il delegante. Anche ciò è riconosciuto chiaramente nelle fonti pel caso di delegazione di un non debitore fatta da una donna intercedente, mentre pel caso di delegazione di un debitore è sancito l'opposto principio. Fr. 8, § 4 ad *S. C. Velleianum*, 16, 1.

« Ulpianus, *libro 26 ad Edictum*. — Sed si is qui a muliere delegatus est debitor eius non fuit, exceptione senatusconsulti poterit uti, quemadmodum mulieris fideiussor ».

Il Windscheid (*Pand.* § 355 nota 13) vuole, a dir vero, toglier valore a questo testo, osservando ch'esso non deve necessariamente riferirsi al caso di delegazione di un non debitore a un creditore contro cui il delegante ha un'*exceptio*, potendosi anche il *non debitor* intendersi per un presunto debitore, cioè per uno che avrebbe

lui un *exceptio* contro il delegante; secondariamente poi egli trova che la decisione è inspirata qui al solo interesse del delegante. Sul primo punto rispondo che il significato di *non debitor* è naturalmente quello di non debitore in generale, mentre invece per indicare il presunto debitore i giureconsulti usano l'espressione *qui debitorem se existimat* oppure *debitor qui exceptione tueri se potest*[1], e che nel fr. in questione poi quel significato comune appare addirittura evidente dal confronto col § precedente, ove si parla di un debitore senz'altro cui qui è contrapposto il non debitore, e del § seguente ove egualmente ritorna lo stesso contrapposto coll'identico significato. Quanto alla seconda osservazione, se essa fosse giusta ad ogni modo l'interesse del delegante ritrovandosi anche in altri casi oltre quello della donna intercedente, cioè in tutto quello in cui il delegato promette *non donationis causa* e quindi o fu pagato già o avrà un regresso per l'accettata delegazione, ne conseguirebbe sempre l'estensione del principio al meno a tutti i casi di delegazione fatta da un debitore di un terzo non debitore, ma neppur suo donante. Non vi ha però ragione alcuna di dare un fondamento così particolare alla decisione del fr. 8 § 4 cit.; quel fondamento può anche spiegare quella data decisione, ma esso non è che una diversa forma dell'altra ragione più generale già più volte detta, che cioè l'eccezione che potea opporre il delegante può essere opposta dal delegato ogni qual volta l'unico fondamento della sua nuova obbligazione sta in quella vecchia eccezionabile del delegante verso il delegatario, mentre non lo potrebbe opporre se il fondamento fosse anche una sua valida obbligazione verso il delegante.

L'applicazione di queste regole alla donazione conduce alla conclusione che dove un obbligato *ex donatione* si lasciasse delegare dal suo creditore ad un terzo cui questi voglia donare, potrebbe,

[1] Cfr. fr. 7 *de doli except.* 44, 4, fr. 2, § 4 *de don.* 39, 5.

richiamandosi al difetto della sua vecchia obbligazione, ch'è l'unico fondamento della nuova, opporre al delegatario l'*exceptio legis Cinciae*, e viceversa dove il donante non obbligato accettasse una delegazione verso il creditore *ex donatione* di quegli cui vuol donare, potrebbe analogamente richiamarsi al difetto del debito del suo delegante e paralizzare le pretese del delegatario con l'*e. l. Cinciae*. In fine quando pure si trattasse di un *debitore ex donatione* delegato ad un creditore *ex donatione* del donatario non si avrebbe che una combinazione delle due ipotesi conducente, evidentemente, ai risultati stessi, l'opponibilità sempre dell'*exceptio*.

Tutto ciò però, deve notarsi, avveniva solo se la delegazione fosse fatta od assunta senza sapere di potersi difendere con l'*e. l. Cinciae*, che, ove il donante avesse saputo ciò e pur tuttavia posto in essere la delegazione, in ciò dovrebbe vedersi una rinuncia all'eccezione e un'esecuzione sufficiente a render la donazione perfetta e irrevocabile. Poichè infatti ciò che la giurisprudenza richiedeva ormai per escludere il divieto era la prova di una volontà liberale seria e costante e confermata più o meno completamente dal fatto, e poichè serietà e costanza si riscontravano nell'avere dopo la promessa delegato scientemente o nell'essersi scientemente fatto delegare, rinunciando così alla difesa che la legge concedeva, e poichè il fatto compiuto a conferma della volontà c'era nella delegazione stessa, che ha in sostanza la stessa efficacia del pagamento, così era pienamente consentaneo allo spirito della giurisprudenza romana sulle donazioni l'ammettere la validità della donazione in tale ipotesi, e fu infatti ammessa, come facilmente si argomenta dai testi sopra citati.

Diversamente vanno le cose quando la donazione si attui direttamente per la delegazione, senza che vi sia stato alcuna precedente obbligazione *ex donatione* del delegato, nè alcun credito per lo stesso titolo del donatario. La delegazione manca in tale ipotesi di funzione solutoria perchè non precede ad essa alcuna obbliga-

zione che ne sia causa e per ciò nè il delegato può opporre al delegatario l'*e. legis Cinciae* fondandosi nella causa per cui promise. perchè non promise per donare al delegatario nè in adempimento di un'obbligazione *ex donatione*, nè viceversa al delegatario può il delegato opporre l'*e. legis Cinciae* fondandosi sulla causa per cui questi accettò la promessa, perchè la causa non è donazione fra loro due, nè vi ha alcun precedente credito *ex donatione* del delegatario che con quella promessa si adempia. La delegazione dunque si attuava in questo caso con piena validità senza che potesse essere paralizzata dall'eccezione della legge Cincia.

È quanto insegnava GIULIANO (libro 66 Digestorum) in fr. 2 § 2 *de donat.* 39, 5; della cui genuinità non mi pare si possa dubitare:

« Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te qui mihi tan-
« tundem donare volebas iussero Titio promittere, inter omnes
« personas donatio perfecta est ».

È lecito però dubitare se l'opinione di Giuliano sia stata accolta da tutti. Per quanto essa sia perfettamente logica, però essa viene a sottrarre dall'eccezione della legge Cincia un caso di obbligazione che è, in fondo, obbligazione fra un donante e un donatario: sta bene che quel donante non deve a quel donatario, ma in sostanza qui si giunge al risultato, che la giurisprudenza romana non volle mai, di una obbligazione validamente assunta a titolo di donazione. Si potrebbe rimediare con la concessione di *condictiones* ed è credibile che ciò si facesse da chi seguiva l'opinione di Giuliano, ma ad ogni modo, siccome qui non c'è da garantire nessun interesse di terzi, come, per esempio, nel caso della delegazione del donatario a un creditore del donante, parrebbe che la soluzione più opportuna dovesse essere quella di concedere senz'altro l'*e. l. Cinciae*. E a questa dovettero arrivare, s'io non m'inganno, i Proculiani.

Ulpiano nel VAT. FR. 266 c'insegna che i Proculiani ritennero

l'*e. l. Cinciae* simile alle eccezioni popolari contro i Sabiniani, che invece non riconoscevano ad essa alcuno particolarità. (... *nam semper exceptione uti potuit, nec solum ipse, verum, ut Proculeiani contra Sabinianos putant, etiam quivis quasi popularis sit haec exceptio* [1].) Ora che cosa significa questa quasi popolarità dell'*e. l. Cinciae?* Evidentemente non che ogni cittadino la potesse opporre, anche esser parte nel processo di donazione, che a ciò già osta, d'altronde il *quasi* escludente una vera popolarità [2], ma solo che in qualunque processo in cui alcuno accampasse un diritto fondandosi esclusivamente su una donazione, l'avversario potesse, anche non essendo lui il donante nè l'erede del donante, paralizzare la pretesa con l'*e. legis Cinciae.* Quindi, per es., se dopo aver mancipato una cosa *donationis causa* a Tizio, il donante la vendesse e ne facesse tradizione a Sempronio, questo potrebbe, convenuto da Tizio con la

[1] Il M. S. veramente ha *contra tab.*, onde parrebbe dovesse leggersi *contra tabulas*, ma su proposta del Rudorff (*Diss. de lege Cincia*, pag. 35 nota 4) ormai si suole correggere il *tab.* in *sab.* e leggere *sabinianos*, lezione molto più sensata. Non manca però chi difenda la lezione genuina. Il Francke (*Abhandl.* pag. 46, nota 26) intende che Ulpiano affermi essere l'opinione della scuola Proculiana contraria al testo della legge (*contra tabulas*) e che la rigetti quindi, anzi con tuono di scherno osservando che i Proculiani concedevano l'eccezioni a tutti, quasi fosse un'eccezione popolare! È però evidente a chi legga l' intero testo che Ulpiano non intende di rigettar quell'opinione, che, del resto, se intesa *cum grano salis*, senza arrivare per esempio ad ammettere col Francke che i Proculiani concedessero l'*exceptio* anche al debitore delegato dal donante, non è meritevole di scherno.

[2] È questa l'opinione del Bruns (*Quid conferant Vat. fr.* pag. 126) e dello Schrader da lui citato, i quali credono che l'eccezione non potesse competere che nei giudizi diretti fra donante e donatario, ma potesse, secondo i Proculiani, essere in questi rilevata da qualunque *ex populo*. Essi si spiegano così anche perchè Celso Proculiano non concedesse nel fr. 21 h. t. l'eccezione al debitore delegato, mentre pure anche questo dovrebbe averla come *quivis ex populo*. Ho già detto che a questo concetto osta già il *quasi* che esclude la perfetta parificazione colle eccezioni popolari. Ma vi osta anche tutto lo spirito della giurisprudenza che non considerò mai il divieto come inspirato a un interesse così spiccatamente pubblico da affidarne la tutela a tutti i cittadini. Quanto poi alla decisione di Celso essa è inspirata dalla circostanza che il delegatario che agisce contro il delegato non fonda esclusivamente la sua azione sulla donazione a lui fatta, ma anche sulla precedente obbligazione del debitore delegante verso di lui, e poichè quella era un'obbligazione ineccepibile e il delegato col pagare quanto promise al delegatario non fa che adempierla è chiaro ch'egli non può richiamarsi al divieto della legge Cincia.

rei vindicatio, opporgli l'*e. l*, *Cinciae*, cosa che invece non dovettero ammettere i Sabiniani, che trattavano l'*exceptio legis Cinciae* alla pari di ogni altra eccezione [1].

In conseguenza di questo concetto dunque, nel caso risoluto da Giuliano in fr. 2, § 2 cit. i Proculiani dovettero, s'io non erro, concedere l'*exceptio legis Cinciae* anche a colui che, volendo donare, si fece delegare a quello cui il proprio donatario voleva a sua volta donare E se questa congettura è giustificata mi sembra che i Proculiani avrebbero meglio seguito in questo caso lo spirito della legge Cincia, quello spirito, s'intende, che essa avea acquistato per l'interpretazione della giurisprudenza, non quello originario ormai dimenticato.

§ 6. La donazione può avvenire per cessione di crediti, può cioè il donante cedere al donatario un proprio credito *donationis causa*. Se ne hanno esempi in c. 2, c. 33 *de donat.* 8, 54. c. 23. *mand.* 4.35. È chiaro che a questo caso deve applicarsi la regola che il fr 21, § 1 *de don.* 39. 5 applica al caso di delegazione di un debitore ad

[1] Altri intendono ancora diversamente questa quasi popolarità. Il Rudorff (*diss. cit.* pag. 35, 36) afferma che i Sabiniani concedessero l'eccezione al solo donante e suoi eredi, i Proculiani *putabant eam quasi popularem esse;* ma resta poi dubbioso sul significato di ciò *propter Celsi verba in fr. 21 h. t., nisi ea a compilatoribus interpolata sunt.* Nella sua *Storia* I, § 25, pag. 55 dice poi che vi furono giureconsulti che considerarono l'eccezione come popolare, ponendo così in arbitrio non solo del donante, ma anche dei cognati danneggiati dalla donazione di rimediare direttamente all'inofficiosità del donante. Ma di questo particolare significato della quasi popolarità non è alcuna traccia nelle fonti.

Il Huschke infine (*Jurispr. Ant.* ad Vat. fr. 266, nota 19) sembra fare una confusione fra eccezioni popolari e eccezioni *rei cohaerentes*, in quanto richiama in proposito il fr. 7, 44, 1, che parla appunto di queste ultime e il fr. 24, h. t. 39, 5 ove è concessa l'*exceptio donationis supra modum* (in origine *e. l. Cinciae*) al fideiussore del donante. Però le due cose sono ben diverse: eccezione popolare significa eccezione che compete a chiunque, eccezione *rei cohaerens* è quella non collegata strettamente alla persona ma al rapporto obbligatorio, concessa quindi agli eredi, ai fideiussori, successori a titolo singolare talvolta e via dicendo. E così appunto si trova che un Sabiniano, Giavoleno, pur non ammettendo probabilmente la quasi popolarità dell'*exceptio l. Cinciae*, la concedeva nel fr. 24 al fideiussore. Del resto non bisogna dimenticare che l'*exceptio* è detta analoga alla popolare (*quasi popularis*), non già popolare veramente.

un donatario del delegante; anzi la regola deve applicarsi a maggior ragione perchè qui neppure si ha estinzione del credito precedente e sostituzione di un nuovo, qui si ha semplice cessione e il debitore ceduto non può certo opporre al cessionario l'*e. legis Cinciae* mentre non è debitore *ex donatione*.

Può invece darsi l'opposto caso che un debitore *ex donatione* sia ceduto ad un terzo; in tal caso il debitore potrebbe opporre l'*e. legis Cinciae* al cessionario, qualunque sia la causa della cessione, al modo stesso che avrebbe potuto opporla al creditore cedente.

§ 7. A questo punto non resta, nello stato delle nostre fonti che una questione importante da risolvere, quella di sapere se in nessuno dei casi in cui vedemmo essere la donazione ineccepibile anche senza le forme prescritte per la *donatio perfecta*, competesse al meno al donante una *condictio* per revocare gli effetti di una donazione *contra legem*. La risposta mi par semplice. Una *condictio* non dovette competere mai per revocare una *donatio perfecta* mediante i modi di trasferimento ben noti, nè una donazione avente per oggetto una somma di denaro perfezionatasi mediante pagamento e confusione indiscernibile dei *nummi*, nè tanto meno una donazione confermata dalla perseveranza del donante fino alla morte. Ma quando invece una donazione fosse sfuggita all'eccezione della legge Cincia non già perchè non mancasse nessuna di quelle garanzie che la giurisprudenza voleva, ma solo per il modo indiretto in cui si poneva in essere o solo per una esecuzione fattane per errore del donante, allora la *condictio* dovette competere. Nelle fonti appare concessa per quest'ultimo caso una *condictio indebiti*, pel primo una *condictio* senza nome che dovette essere la *cond. ob iniustam causam*.

Se un obbligato *ex donatione* avesse adempiuto la promessa nell'erronea opinione di essere validamente obbligato, per esempio credendo di donare ad un *exceptus*, o ignorando che il proprio au-

tore, se egli fu l'erede del donante, avesse revocato la donazione prima di morire e così escluso l'applicazione della regola *morte Cincia removetur*, gli competeva senza dubbio la *condictio indebiti*: Ulpiano nel VAT. FR. 266, (riferito senza più la menzione della Cincia in fr. 26 § 3, 12, 6) ne fa esplicita testimonianza.

L'altra *condictio* competeva, per testimonianza delle fonti, ogni qual volta si era per via di semplice delegazione venuta ad attuare una donazione per semplice promessa: era naturale che in tal caso ad evitar frodi troppo facili alla legge, il cui divieto fu, come vedemmo, sempre applicato con rigore alle donazioni per semplice stipulazione si concedesse contro il donatario una *condictio ob iniustam causam*, sia come *condictio liberationis* prima del pagamento, sia dopo come *condictio rei*. Qualcuno però ha voluto negare questa possibilità per la natura di legge imperfetta della Cincia [1]; altri al contrario han voluto dare soverchia estensione a questa *condictio* non escludendola contro le donazioni anche perfette se non dopo la morte del donante per effetto del noto principio *morte Cincia removetur* [2]. Ambedue le opinioni sono da rigettarsi.

L'essere una legge perfetta od imperfetta è una circostanza che influisce soltanto sulla validità dell'atto vietato, ma non altera la natura di questo come contrario alla legge. L'atto vietato dalla legge perfetta è nullo per la sanzione della legge stessa, l'atto vietato dalla legge imperfetta non è per disposizione di questa nè nullo nè rescindibile. Ma nulla può mutare il carattere dell'atto, anche in questo secondo caso, come contrario alla legge; e se pertanto le conseguenze dirette dell'atto, l'azione efficace in una parola, non possono evitarsi e, in un'epoca più antica, in cui le *condictiones* per arricchimento non erano state ancora create, neppure vi era ancora la *via iuris* per ripetere l'ingiusto arricchimento derivato da un atto contrario alla legge, ciò non esclude che in epoca più tarda, intro-

[1] VOIGT, *Die condictiones ob causam*, § 66.

[2] WENCK, Prefazione agli *Opuscula Academica* di HAUBOLD, p. XLIV, XLV.

dotta quella specie di azioni, anche un arricchimento derivante da un atto contrario a una legge imperfetta potesse revocarsi. Dirò di più, in quanto la legge seguitasse ad avere ancora la funzione di legge di divieto, la revoca dell'atto da essa non annullato sarebbe una conseguenza necessaria, generale; e se nel caso della legge Cincia la *condictio* non fu concessa generalmente, si deve appunto alla mutata funzione di essa. Ormai, già si disse più volte, il suo contenuto letterale era bensì ancora un divieto, ma l'interpretazione non richiedeva se non certe garanzie di volere serio e costante per far valere le donazioni. Quando dunque la donazione fu *perfecta* la giurisprudenza la riconobbe anche irrevocabile, e sancì la revocabilità soltanto pei pochi casi sopra esaminati in cui l'eccezione non era opponibile per un riguardo a diritti di terzi, mentre però la donazione si avverava senza nessuna maggior garanzia di volere serio e costante, che la semplice promessa. Tutto ciò risulta in modo evidente dalle fonti e viene così a confutazione anche dell'altra opinione estrema del Wenck.

Diocleziano e Massimiano insegnano esplicitamente in Vat. fr. 293 essere la donazione perfetta irrevocabile, Filippo Arabo in un rescritto inserito in Vat. fr. 272 presuppone pure in modo indiscutibile l'irrevocabilità delle donazioni perfette con l'affermare che solo eccezionalmente contro i liberti è concesso al patrono di revocare una donazione perfetta. Eccone le parole testuali di una evidenza incontestabile.

« Inter patronos et libertos de iure donationum tractari non « oportet, cum et si perfectis donationibus in possessionem inductus « libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure « ut dominus possederit, tamen omnis donatio, mutata patrono- « rum voluntate, revocanda sit. rel. » [1]

[1] Ad alcuno sono sembrati contrari i Vat. fr. 275, 312 e dal primo specialmente il Wenck appunto ha argomentato la sua estrema opinione.

275. " Divi Diocletianus et Constantius Sa . . . iodul . . . Perfectam donationem, mutata volu*ntate* donatoris etsi parum gratus existet, cui dono res data est,

Ma, al contrario, nel fr. 21 § 1 l. 39.5 già sopra esaminato (§ 5 pag. 203 seg.) Celso concede al donante che delegò il proprio debitore una *condictio* contro il donatario, che è *condictio liberationis* prima del pagamente e *condictio pecuniae* dopo, non mi par dubbio. Analogamente dovrebbe decidersi, mi pare, pel caso di cessione. Paolo poi nel fr. 5 § 5 *de doli except.* 44,4, concede una *condictio* al donante contro il donatario che lo delegò al suo creditore *ut vel liberet debitorem* (cioè il delegato) *vel si solvit ut pecunia ei reddatur*. Questo principio, del resto, è ripetuto anche nei fr. 12, 13 *de novat.* 46,2 (cfr. sopra § 5 pag.205 seg.). Sembra poi che, anche nel caso in cui la donazione avveniva per delegazione di uno che voleva donare ad uno al quale il donatario volesse donare a sua volta, secondo l'opinione dei Sabiniani, che escludevano *l'c. l. Cinciac*, dovesse esserci in tal caso una *condictio* del delegato contro il delegante. Il fr. 2 § 2 *de don.* 39.5 già sopra esaminato (§ 5

minime *contend*i posse saepe rescriptum est. — Proposita 5 non. Martias Nicomediae Maximo et Aquilino Coss. (a. 286) „

(*Constantii nomen abundat* secondo il Mommsen; e infatti Costanzo non fu Cesare che l'a. 292, cioè 6 anni dopo questo rescritto).

312. " Divi Diocletianus et Constantius Aurelio Onesimo. Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur, cum imperfectam perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet. rel. (a. 293).

Quanto però al fr. 275 è da notare che la lezione *contendi* su cui si fonda la obiezione al concetto da me esposto nel testo (minime contendi posse rel.) è pienamente arbitraria, e trovasi bensì nella prima edizione del Mai, con riguardo alla quale soltanto scriveva il Wenck e con lui i più antichi autori, ma non nel palinsesto, che ha soltanto *minim . . . di.* Perciò nelle moderne edizioni si supplisce ora *minime* rescind*i*, dando così al testo un significato opposto, quello cioè dell'esclusione della revoca anche per ingratitudine: e con ragione, mi sembra. In fatti l'andamento del discorso è già più corretto con la lezione *rescindi* che con quella *contendi*; con la prima si dice che la donazione perfetta non si può rescindere neppure se il donatario sia ingrato (minime rescindi posse etsi parum gratus existet, etc.), colla seconda si direbbe che la donazione non può affermarsi perfetta (perfectam donationem minime contendi posse) *sebbene* il donatario sia ingrato, e logicamente invece dovrebbe dirsi non esser perfetta *perchè* (*quod* o *quia*) il donatario fu ingrato. Oltre di che bisogna anche sottintendere l'ausiliare *esse* dopo *perfectam* e quindi ammettere qui una costruzione ellittica non troppo regolare. In oltre anche dal punto di vista giuridico la lezione *rescindi* è preferibile, perchè ad ogni modo male forse direbbesi *non perfecta* una donazione pel mutamento di volontà del donante in seguito all' ingratitudine, mentre di regola per chiamar *perfecta* la donazione si guarda se fu o no posta

pag. 214) non dice nulla su ciò, ma questo non sarebbe un argomento contrario, perchè i compilatori avrebbero potuto e forse dovuto togliere la menzione della *condictio*.

Può esser dubbio invece se anche la donazione *per acceptilationem* potesse revocarsi con una *condictio*. Le fonti qui tacciono e il silenzio non si può interpretare nè pro nè contro perchè potrebbe essere dovuto soltanto ai compilatori. Per l'ammissione di una *condictio* si potrebbe da un lato argomentare dalla mancanza di qualsiasi di quelle garanzie di volere serio e costante che la giurisprudenza richiese per la validità delle donazioni (*mancipatio*, *traditio*, ecc., o perseveranza fino alla morte, adempimento completo dell'obbligazione); d'altro lato però si potrebbe richiamarsi alla natura solutoria dell'accettilazione, e alla circostanza che, per quanto la donazione si attui qui con un semplice negozio verbale, pur tuttavia non ne nasce alcuna obbligazione, che è ciò

in essere coi ben noti modi richiesti dalla giurisprudenza. Ad ogni modo però il VAT. FR. 275 anche colla lezione *contendi* non proverebbe nulla, se non che nel caso d'ingratitudine la donazione già ai tempi di Diocleziano si riteneva revocabile considerandosi essa come *non perfecta* per mutata volontà del donante: il che dovrebbe far cambiare un po' le idee che corrono circa lo sviluppo storico della revoca per ingratitudine, ma non sarebbe forse in contradizione con nessun luogo delle fonti (cfr. su queste idee SCHILLING, *Institutionen und Geschichte des R. P. Rechts*, § 363, SAVIGNY, *System*, § 168, IV, p. 228-30). L'opinione singolare del BRUNS, *Diss.* cit., p. 123 per cui *contendere* dovrebbe intendersi per *contrastare*, *negare*, e quindi il testo avrebbe anche nella lezione del Mai il significato stesso che ha colla lezione *rescindi*, mi sembra poi da rigettarsi assolutamente perchè di tal significato di quella parola non si ha esempio: essa significa sempre *affermare*; cfr. BRISSONIO, *de verb. significatione*, v. *contendo*, DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium*, ad eumdem verb. FORCELLINI, *Lexicon*, ad eumdem verb. Del resto, lo ripeto, questa è tutta una questione inutile, perchè nessuna ragione può esservi, dinanzi alla lacuna del palinsesto, per preferire la lezione *contendi* a quella *rescindi*.

Quanto al secondo testo poi, esso non ha certo un gran valore, perchè non si ha in esso che l'affermazione della irrevocabilità della *donatio perfecta* per parte degli eredi, la quale poteva forse esser capitato agli imperatori di dover fare con riguardo ad uno dei casi in cui al donante stesso la facoltà di revocare è concessa, per esempio al patrono contro il liberto (VAT. FR. 272). Comunque sia, quest'affermazione può tutt'al più sembrare una banalità a noi, cui non è dato di conoscere in quale occasione fu pronunciata, non mai farci credere a una revocabilità assoluta delle donazioni perfette, mentre altre parti delle fonti l'escludono.

che sopra tutto la giurisprudenza romana volle evitare, di guisa che in sostanza potrebbe questa forma di donazione somigliarsi molto a quella che avviene per l'immediata consegna del danaro. Quale di queste due alternative seguì il diritto classico romano? Non ci è dato, nello stato delle nostre fonti, di rispondere a questa domanda.

§ 8. Ad esaurire l'argomento occorre dire qualche parola intorno ai casi in cui la legge eccezionalmente permise la donazione. Tali eccezioni furono di due specie, il divieto cioè fu escluso a riguardo di alcune persone in generale, e in particolare a riguardo di certe altre persone per determinate cause. I VAT. FR. 298 segg. dànno notizie assai precise su ciò:

298. « PAULUS *libro LXXI ad Edictum, ad Cinciam.* Personae « igitur cognatorum excipiuntur his verbis, sive quis cognatus « cognata inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve eo sit, sive « quis in alterius potestate manu mancipiove erit, qui eos hac co- « gnatione attinget quorumve is potestate manu mancipiove erit, « eis omnibus inter se donare capere liceto. »

Sono dunque esclusi dal divieto tutti i cognati fino al quinto grado inclusivo, e del sesto soltanto i figli di cugini (*sobrinus vel sobrina*) e tutte le persone in potestà, mano, mancipio di questi, o qualunque persona nella cui potestà, mano o mancipio sia una di queste. Quindi si può donare, per esempio, non solo alla terza cugina, ma anche al marito di lei se abbia la *manus*, e non solo al terzo cugino, ma anche ai figli e ai nipoti *in potestate*, sebbene questi vengano ad essere parenti col donante in un grado più lontano del sesto. Vedi VAT. FR. 301.

« Itaque si is qui in eo gradu est in potestate habeat eum, « qui mihi longiore gradu sit, dare ei potero. rel. »

Sono poi eccettuati alcuni affini e fra questi, a quanto pare, solo suocero e suocera, genero e nuora, patrigno e matrigna, marito e moglie e anche i fidanzati.

Vat. fr. 302. « Excipiuntur et adfinium personae, privignus « privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, « sponsus et sponsa. »

Qui è notevole l'eccezione riguardante i coniugi mentre ognun sa che nel diritto romano esisteva un divieto speciale appunto per quelli. La spiegazione più naturale è quella di ammettere che ai tempi della *lex Cincia* quel divieto speciale non ci fosse ancora, e che quando poi fu introdotto l'eccezione della legge trovasse applicazione solo alle donazioni concesse fra moglie e marito, quelle *divortii* ed *exilii causa*, e quelle si esentassero da ogni formalità[1].

Un'altra eccezione è fatta a favore dei padroni che possono ricevere per donazione dai proprii servi, e per servi furono intesi anche i liberti.

Vat. fr. 307. « Item excipit si quis a servis quique pro servis « servitutem servierunt accipit duitve iis. Verbis si quis a servis suis « liberti continentur, ut patronis dare possint, sequentibus vero « excipitur ut is qui bona fide serviit, si postea liber pronuntiatus « sit, possit dare ei cui serviit. Sabinus utraque scriptura *libertos* « *putat*[2] contineri et bis idem dictum. »

308. « Sed tantum patronum a liberto excipit. Quidam putant « etiam liberos patroni exceptos, quoniam libertus continetur servi « appellatione, et sicut in XII tabulis patroni appellatione etiam « liberi patroni continentur, ita et in hac lege. »

Al contrario non sembra che i liberti siano eccettuati di fronte ai patroni.

309. « Contra autem liberti a patronis excepti sunt? et hoc

[1] Non mi parrebbe invece accettabile l'opinione che la Cincia in origine si riferisse soltanto a questi particolari casi di donazione fra coniugi. Cfr. del resto su ciò Schilling, *Institutionem*, § 357, nota 7 e gli autori già citati; ed anche l'Alibrandi, il quale pure accetta in un suo scritto sull'*Origine del divieto delle donazioni fra coniugi* inserito negli *Studi e documenti di Storia e diritto*, vol. 13 pag. 65 segg. l'opinione che io seguo e ne fa anzi il punto di partenza della sua trattazione.

[2] Così aggiunge il Mommsen: altri, come Huschke, aggiunge *libertum ait*; il palinsesto ha solo " utraque scriptura contineri „.

« iure utimur ne excepti videantur ut et dare et capere lex iis per-
« mittat. »

Alcuni editori, come Huschke, han mutato il *ne* del manoscritto in quest'ultimo frammento in *ut*, di maniera che i liberti dovrebbero considerarsi come *excepti* anche dal divieto di *capere*, non solo da quello di *dare*. Il Mommsen invece osserva in nota 11 a questo fr. « *et dare* fortasse delendum ». [1] Ad ogni modo però non appare da altra parte dei Vat. fr. che i liberti fossero pure *excepti*, cioè potessero ricevere per donazione dei patroni.

Eccettuati sono pure i tutori effettivi, cui la legge permette di donare ai pupilli, non al contrario i pupilli che non possono donare ai tutori.

Vat. fr. 304. « Excipit tutorem, qui tutelam gerit, si dare vo-
« let, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. Nam
« permisit eis in infinitum donare. Contra ut possit pupillus do-
« nare non excepit. »

Per quel che riguarda più particolarmente le cause, la donazione fu permessa ai cognati di qualunque grado quando avesse per fine di costituire una dote a una donna. La legge nominava il *cognatus* nel genere mascolino, ma fu dalla giurisprudenza interpretata qui, come in molti altri casi del resto, nel senso dell'estensione anche alle cognate femmine.

Vat. fr. 305. « Item excipit: si quis mulieri virginive cognatas
« dotem conferre volet; igitur quocumque gradu cognatus dotis no-
« mine donare potest. »

306. « Quaesitum est an et cognata cognatae ultra exce-
« ptum [2] donare possit. Labeo scribit non posse, sed ratio aequi-
« tatis aeque [3] in feminis est. »

[1] Altra correzione proposta: *nec* dare, *nec* capere in luogo di *et* dare *et* capere. Vedi Schilling, *Inst.*, § 357, nota *v.*

[2] Il Mommsen aggiunge *gradum*, il Rudorff corregge *exceptam*.

[3] Così il Mommsen. Il M. S. ha *eaque*; il Rudorff corregge *eadem*. Il Mommsen poi congettura anche possibile un testo originario: ea quae *in masculis etiam* in feminis est.

Una categoria di donazioni che la legge non eccettuò espressamente, ma che non dovettero però esserne ugualmente toccate furono le donazioni a causa di morte. Queste infatti sono fin che vive il donante revocabili e quindi per esse nulla importa che siano *perfectae* o no, la revocabilità n' è ammessa in ogni momento, indipendentemente dalla Cincia. Dopo la morte, ch' è il solo momento in cui esse divengono irrevocabili, esse sono per il noto rescritto di Caracalla, anche sottratte alla Cincia; poichè per esse veramente il fatto di esser morto senza aver revocato ciò che si potea revocare è sempre prova sufficiente di quella perseveranza di volontà, che si richiede per l'applicazione del principio *morte Cincia removetur.* [1]

È invece incerto se anche le donazioni rimuneratorie, o per lo meno la donazione rimuneratoria a chi salvò la vita al donante, siano esentate dal divieto, perchè il testo di Paolo che vi si riferisce di solito (R. Sent. 5, 11, 6 — fr. 34 § 1 *de don.* 39, 5) potrebbe anche, come fu altrove accennato, aver avuto riguardo all'esclusione della *querela inofficiosae donationis* (cfr. sopra § 2).

§ 9. I risultati cui siamo giunti con la nostra ricerca sono, se accettabili, abbastanza determinati, e dovrebbero dare un'idea esatta dello stato del diritto circa alle donazioni nell'epoca classica. Le sole donazioni a cui il divieto della Cincia si applicasse ancora erano le donazioni meramente obbligatorie; queste, comunque si avverassero, o non erano affatto efficaci a vincolare il donante o se, per riguardo a diritti od obblighi di terzi, lo vincolavano, poteano essere annullate con una *condictio:* efficacia piena ed irrevocabile non acquistavano se non colla più completa esecuzione, come ve-

[1] Cfr. Schilling, *Inst.*, § 356, nota *l.* Puchta, *Inst.*, § 206. Hasse, nel *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, II, p. 313. Schroeter nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process del* Linde, II, p. 100. D'opposta opinione è l' Haubold, *Opuscula Academica* editi dal Wenck, I, p. 442, ma è notevole che egli scrisse prima della scoperta dei Vat. fr. dai quali soltanto abbiamo appreso l'esistenza del principio *morte Cincia removetur.* Il Savigny (*System.*, § 174, IV, p. 276-77) si mostra incerto, perchè dubita della generalità del principio *morte Cincia removetur*, ma mi sembra che dopo Caracalla non se ne possa dubitare (v. sopra § 3).

demmo. Al contrario alle donazioni reali non fu negata assolutamente efficacia, ma solo si richiese che si attuassero con modi tali da potersene argomentare una serietà e costanza siffatta di volere nel donante da assicurare contro il pericolo di una risoluzione presa troppo alla leggiera e sotto il solo impulso di un affetto.

Questa fu in brevi tratti la funzione della legge Cincia durante il periodo classico del diritto romano; e se così fu, è chiaro che il diritto classico romano non differenziò troppo, per riguardo alle donazioni, nè dal giustinianeo, nè dal nostro moderno. In sostanza le forme della donazione *perfecta* non sono troppo diverse nella funzione loro da quella della posteriore insinuazione (onde si comprende anzi come questa se ne potesse originare in certo modo) nè da quella dell'odierno atto pubblico: tutte hanno l'identico scopo di richiamare il donante alla gravità eccezionale del suo atto coll'imporgli formalità varie, richiamo questo tanto più necessario quanto più è facile in un negozio il cui movente è la liberalità e non l'interesse lasciarsi trascinare dagli affetti e dal sentimento più che dalla ragione.

Vi ha però tra il diritto romano classico e i diritti giustinianeo e moderno una duplice differenza, prima l'inefficacia assoluta delle donazioni meramente obbligatorie che quel diritto stabilì, seconda l'essere i requisiti della donazione perfetta più che formalità atti di esecuzione. E nell'uno e nell'altro riguardo il diritto classico mi sembra superiore al diritto giustinianeo e al nostro moderno.

Senza dubbio il principio di questi diritti per cui un promittente *donationis causa* è tenuto, tranne casi eccezionali, ad adempiere la sua promessa, al modo stesso che il venditore a prestare la cosa venduta è tutt'altro che equo e pratico; le mille volte più equo e più pratico è il principio del diritto classico.

Parimente la forma dell'insinuazione e più ancora quella dell'atto pubblico per noi è diventata ormai una cosa troppo comune perchè possa rispondere allo scopo cui mira, l'atto pubblico

si usa comunemente da noi per ogni vendita d'immobili, per ogni mutuo ipotecario, per ogni contratto oneroso di qualche entità in una parola, malamente pertanto esso può servire a richiamare a quella freddezza particolare di esame e di decisione che si vuole nella donazione.

Le forme della *donatio perfecta* del diritto classico servivano invece assai meglio, perchè esse erano altrettanti atti di esecuzione e in sostanza si riducevano a questo, a lasciare al donante la facoltà di pentirsi finchè non avesse pienamente eseguito.

Al di fuori di queste differenze però la funzione delle forme della *donatio perfecta* e quella della forma attuale dell'atto pubblico è la medesima, e per ciò la legge Cincia non può più nell'epoca classica considerarsi come una legge di divieto, essa è nè più nè meno una legge restrittiva col carattere e collo scopo delle posteriori leggi prescriventi l'insinuazione e l'atto pubblico.

Da ciò si comprende come l'esistenza della legge Cincia non abbia influito sostanzialmente sul concetto della donazione nel diritto classico romano, in guisa che questo non è nella sua essenza affatto diverso dal concetto che se ne può costruire sì nel diritto giustinianeo che nel nostro.

A dir vero, non è mancato qualche scrittore che, appunto per non aver visto nella sua vera luce la funzione assunta dalla legge Cincia nell'epoca classica, abbia più o meno incidentalmente affermato che per effetto di quella legge il concetto che della donazione espongono i giureconsulti romani possa essere in molti punti turbato dalla preoccupazione che quelli hanno di sottrarsi a proibizioni troppo rigorose, e per ciò non rispondente al concetto, quasi direi, naturale del nostro diritto. Ma siffatte proibizioni rigorose furono nel diritto classico lettera morta, la legge era intesa ed applicata non più come legge proibitiva ma come legge di garanzia e di tutela contro deliberazioni troppo leggiere, e, dove pure essa portò per effetto l'inefficacia assoluta delle donazioni

nelle semplici promesse di donazione, non sembrò per regola troppo rigorosa, chè anzi al senso giuridico dei Romani quella conclusione sembrò nella maggior parte dei casi, com'è infatti, soddisfacente.

Pertanto il diritto positivo della Cincia non valse a modificare, tranne forse eccezionalmente in qualche caso di donazione mediante semplice promessa, il concetto della donazione e noi possiamo benissimo servirci dei testi delle Pandette e in generale dei testi classici per la ricostruzione del concetto della donazione nel diritto giustinianeo e nel diritto civile italiano. Certo, anche qui può accadere, come in ogni altro punto nello studio del diritto romano, d'incontrare qualche decisione particolare veramente al diritto classico, ma saranno sempre poche e particolari decisioni, alle quali basterà fare osservazione senza che per ciò resti meno vero che le fonti del diritto classico sono anche in questo riguardo servibilissime per noi.

Alfredo Ascoli.

PROPOSTA DI EMENDAZIONE

DEL FR. 25 § 2 D. 41, 2 (POMP. AD Q. M).

I. Io pretesi in altro scritto[1] che l'emendazione delle parole *quasi magis*, di questo § in *Quinto Mucio* proposta dal van de Water e seguita ora dai più, è sostanzialmente impossibile. Essa presupporrebbe infatti che il grande giurista repubblicano avesse conosciuto la formula « animo retinetur possessio », e noi non abbiamo per una tale affermazione nessuna prova; al contrario, ragioni validissime per escluderla.

Se cerchiamo quali motivi indussero il v. de W. a quella proposta, non è difficile rappresentarceli; la iscrizione del fr., e null'altro lo portò a quella divinazione[2]. Essa ebbe tuttavia grande fortuna, nè credo alcuno vorrà meravigliarsene. Oltre però alle ragioni sostanziali da me accennate nel l. c., ci abbattiamo con essa in difficoltà ad ogni passo. Relativamente a queste ho creduto ancora necessaria una parola, per giustificare nello stesso tempo, come per l'economia del lavoro non potei fare allora, l'emendazione da me proposta nella forma: quod *quidem* magis probatur.

[1] Archivio giuridico, vol. 50, p. 266, n. 17; cfr. anche n. 28.

[2] L'emendazione non si trova nelle opere pubblicate dal VAN DE WATER, ma fu estratta dalle sue note manoscritte o comunicata dallo SCHULTING, *Notae ad Digesta, ed. Smallenburg* — ad h. l., vol. 6, p. 396, indicazioni che debbo alla gentilezza del mio Illustre Maestro A. Pernice. Sui motivi vi è riferito... forte legendum... Quinto Mucio, cuius sententiam Pomponius aliquando nominatim vel laudat vel notat. Questo argomento sarà apprezzato in seguito nel testo.

Le osservazioni da aggiungere sono formali.

1. In tutti gli scritti che abbiamo di Pomponio [Lenel, P. II p. 115 e seg.] non si trova mai la forma passiva del verbo *probo* [eccetto il gerund. imp. « probanda est » nel fr. 22 § 1 D. 36, 2]. Or è vero che questo verbo, oltre la costruzione con l'ablativo agente, ammette anche quella col dativo, ma ciò avviene più raramente [Forcellini h. v. aliquando]. Il v. de W., dunque, non ha alcun appoggio per questa forma speciale.

2. Se è vero poi che il « quasi magis » è inammissibile, con qual diritto veniamo noi a levar di mezzo entrambe le parole? Col metodo di far tabula rasa la critica diviene al certo facile e comoda, ma allora assume l'epiteto di *arbitraria*, e solo un arbitrio poteva espellere dal testo il « magis ». Infatti questa parola si riscontra in Pomponio assai frequente (21 volte), e specialmente, come del resto presso gli altri giuristi, in forme analoghe a quella del fr. 25 § 2; magis est, m. puto, m. dicendum, m. placet, m. rationabile (10 volte). Un errore nello scioglimento delle sigle d'una parola così frequente, resa per lo più con l'abbreviazione MAG, non è certamente assai probabile. La parola « magis » dunque si deve mantenere, con la autorità di tutti i manoscritti.

3. Al posto del « quasi » invece, io proponevo il « quidem ». L'errore potè con più facilità avvenire nello sciogliere le sigle di questa parola. La forma *quod quidem* non ha bisogno di venire giustificata, poichè quel relativo si può additare come il compagno naturale di questo avverbio; cfr., p. es. Merguet in Cicerone; e nei Digesti poi: quod quidem magis puto, fr. 14 § 1 D. 10, 3 (Paul. ad Plautium); quod quidem magis dicendum, fr. 19 in f. D. 16, 1 (African. Quaest.).

II. Di grande interesse è però l'osservare che accettata questa lezione il nostro fr. riceve tutt'altro rilievo; perchè confrontato con Gaio IV, 153 ci si rivelano cose di non lieve momento.

Pomponio.

§ 1. ET per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus: et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent, intellegimur nos retinere possessionem. NEC INTER colonum et servum nostrum, per quem possessionem retinemus, quicquam interest.

§ 2. QUOD AUTEM solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero (quod *quidem* magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem: et videtur utilius esse.

Gaio.

POSSIDERE autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, LICET is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. QUIN ETIAM plerique putant animo quoque retineri possessio[*nem, id est ut quamvis neque ipsi simus in possessione*] neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo sed postea reversuri inde discesserimus, retinere possessionem videamur.

L'analogia non può sfuggire.

Con lo stesso ordine, di seguito, tre punti identici sono dai due giuristi esaminati. È questo un caso? od avevano piuttosto essi una stessa fonte? Il maggiore o minore sviluppo che ognuno dà alle questioni trattate è facile a capirsi; considerando che il carattere dei libri di Gaio, destinati agli istituzionisti, richiedeva mag-

gior copia di esempi; mentre Pomponio, in un commentario di libri di ius civile, si doveva trattenere di più nei punti controversi.

Le stesse divergenze allora vengono a confermarci che qui i due giuristi lavorarono sullo stesso esemplare, che ciascuno, adeguatamente allo scopo, utilizzava a modo suo. In Gaio la opinione sul « retineri animo possessionem » è riferita con poca simpatia, assolta con un « plerique putant. » Pomponio, in contro, non discute nemmeno tale possibilità, egli la presuppone e passa alla più importante applicazione del principio, che formava una questione nella letteratura del tempo agitata « *quaeritur utrumne... an vero.* »Al secondo membro dell'alternativa Pomponio attacca subito la notizia, che l'opinione dominante ammetteva anche la grave conseguenza del principio « an vero, quod quidem magis probatur. » Questo metodo è tutto proprio a Pomponio: fr. 9 § 1 D. 47, 2 aut... aut, quod magis placet. cfr. anche fr. 81 § 1 in fine D. 46, 3. La sua adesione è manifestata da Pomponio in fine, con richiamo alla utilità: et videtur utilius esse.

III. Con l'emendazione da me proposta, dunque, avremo evitato un grave errore storico, d'attribuire a Q. Mucio [1] un principio, che sviluppatosi per opera della giurisprudenza classica è senza

[1] Tutto il fr. 25 cit. del resto, per lo meno dal § 1 in poi, si può da altri argomenti rilevare che è una escursione di Pomponio, come ne ha in questi libri ad Q. M. di frequenti e prolisse. Per la forma è caratteristico il " quicquam interest „ non che lo schema del § 2 " quaeritur utrumne... an vero, quod quidem magis probatur,... et videtur utilius esse, cfr. fr. 3, § 1, D. 40, 14; fr. 31, § 4 D. 24, 1; fr. 9, § 1 D. 47, 2; fr. 81, § 1 in fine D. 46, 3. — Di più, sostanzialmente, tutte le questioni in esso trattate non si possono constatare nelle nostre fonti come esistenti se non dopo Proculo, e per alcune delle stesse sappiamo che erano nella giurisprudenza del sec. II controverse.

a) Cfr. sul " *decedere, discedere possessione*, Africano (Quaest.) propter utilitatem receptum est, fr. 40, § 1 D. h. t. — Pomp. ad Sab. fr. 41 D. h. t. — Paolo ad ed. fr. 3, § 8 D. h. t. — Proculo epist. fr. 31, D. h, t; Papiniano, Quaest. fr. 44, § 2, D. h. t.

b) *alii locent*, cfr. Paolo ad Sab, fr. 30, § 6; 32, § 1 D. 4. t.

c) *furere*, cfr. Paolo ad Sab. fr. 31, § 3 D. 41, 3.

d) *animo retinetur possessio*, cfr. Archivio Giuridico, vol. 50, p. 266 e seg., numeri 5 e 6, e relative note.

dubbio agitato nel sec. II; e resteremo, ciò che non è di lieve momento, più fedeli ai manoscritti.

Inoltre, ricevono una soddisfacente spiegazione la modificazione di Ulpiano apportata all'opinione di Labeone, riferita nel fr. 6 § 1 D. h t., nonchè il fatto che Paolo, il giurista che domina tutta la letteratura sul possesso, per la questione trattata da Pomponio si riporta solo a Nerazio (Proculeiano!) « et ita Neratius quoque scribit » fr. 7 D. h t.

A carico di Gaio risulta poi qualcosa d'altro. Il « plerique putant » ci si rivela come un'ostinata opposizione ad un principio già ammesso, come riferisce il suo contemporaneo, nelle ultime conseguenze; oppure, e questa ipotesi la preferisco, si deve ritenere che Gaio si limitò qui a copiare la sua fonte.

IV. Per escludere, in ogni caso, la correzione del v. de W. mi piace aggiungere ancora un'osservazione che mi fu fatta rilevare dal mio Illustre Maestro O. Lenel. Sarebbe strano, cioè, che Pomponio, in un commento ai libri di Q. Mucio, avesse accennato solo incidentalmente sulla fine del fr. l'opinione contenuta nel suo esemplare. Questo argomento è gravissimo; infatti altri esempi di un così singolare procedere non si trovano. Le frequenti citazioni del nome di Q. Mucio ci si presentano fatte da Pomponio tutte d'un modo. Egli riferisce l'opinione — Q. Mucius ait, scribit — poi osserva, aggiunge esempi, oppone, fa escursioni, ed in queste, se ritorna a nominare Q. Mucio, è sempre in relazione con quello che ha innanzi riferito. Così sempre: fr. 15 D. 8, 3; fr. 7 D. 8, 2; fr. 39 p. D. 9, 2; fr. 66 § 2 D. 18 1; fr. 40 D. 19, 1; fr. 51 D. 24, 1; fr. 7 D. 33, 1 (in mezzo); fr. 10, 33, 33 D. 34, 2; fr. 29 D. 40, 7; fr. 77 § 1 D. 47, 2; fr. 18 D. 50, 7. — Se il van de Water dunque avesse meglio indagato come Pomponio nominatim *vel laudat vel notat* le opinioni di Q. Mucio, non sarebbe venuto alla sua *fortunata* divinazione.

S. Riccobono.

ARTICOLI RELATIVI AL DIRITTO ROMANO

NELLE RIVISTE ITALIANE E STRANIERE

Antologia giuridica. — Anno VII, fasc. 4. — C. Ferrini, Il Digesto (rec. di G. Carnazza). — fasc. 5. — H. Pinon, De la Realisation du Gage hypothecaire; F. Rengade, De la venditio bonorum (rec. an.). — fasc. 6. — G. L. Andrich, Glosse di Antonio Porcellino ai nomi di alcuni giureconsulti iscritti nel 5° Collegio dei Giuristi di Padova, da un ms. dell'Archivio Universitario. (rec. di G. Fiamingo).

Archivio Giuridico. — L. 3-4 Riccobono, La teoria del possesso nel diritto romano — Capone, Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma.— Massa, I contratti in favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano. — Buonamici, Della riproduzione mediante foto-incisione in rame del M. S. fiorentino delle Pandette. — S. Perozzi, Sulla perpetua causa delle servitù prediali (rec. di C. Ferrini). — LI, 1-2. Lusignoli, Sul fondamento della collazione. — Capone, Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sulla origine storica del possesso in Roma. — fasc. 3-4-5. Lucci, Del diritto di superficie. — Bonelli, L'ipoteca pei debiti futuri in Diritto romano.

Archivio storico Italiano, N. 191. — Péries, La faculté de droit dans l'ancienne Université de Paris. (rec. di L. Chiappelli).

Circolo Giuridico, 1893, fasc. 3-4 — G. Leto Silvestri, Note intorno a recenti studi sull'azione publiciana. — fasc. 6. Calvino Calvino Giuseppe, Del diritto di proprietà dell'uxor sulla dote durante il matrimonio nel periodo classico del diritto romano.

L'Ateneo Veneto, Serie XVII, vol. II, fasc. 4-6. — Lanciani, Pianta di Roma antica. (rec. di G. Monti).

Nuova Antologia, III Serie, vol. XLVIII, f. 22. — Carlo Arnò, La L. 23, § 2, *ad S. C. Velleianum*, C. 4, 28 (per il 50° anniversario d'insegnamento di Giorgio Anselmi). (rec. an.).

Rendiconti della Reale Accademia dei Lincei, Serie V, vol. II, fasc. 6. — Buonamici, Sulla glossa di Odofredo agli *Acta de pace Constantiae*.

Rivista internazionale per le scienze giuridiche. — II, fasc. 1. — R. Ricci, La derelizione (sunto). — A. Hoffmann, Historische und dogmatische Darstellung der Anerkenntniss im Civilprocess, (sunto). — Cuénot, De la condamnation civile à Rome sous les actions de la loi (sunto). — G. Segrè, Dell'azione di caducità promessa contro l'enfiteuta nel diritto romano e nel diritto civile italiano (cenno). — E. Serafini, Intorno al fr. 8, de cessione bonorum, XLII, 3 (cenno).

Rivista italiana per le scienze giuridiche, XV, 1. — V. Polacco, Appunti sulle locazioni. — L. Ferrarini, Capacità legale di agire. — M. Voigt, Römische Rechtsgeschichte (rec. di Zocco-Rosa). — fasc. 2. — P. Bonfante, La iusta causa dell'usucapione. — P. Bonfante, Res mancipi e nec mancipi (rec. di Ascoli). — F. Politi, Le obbligazioni a termine nel diritto romano (rec. di Arnò). — fasc. 3. — P. Bonfante, La iusta causa dell'usucapione. — E. De Ruggiero, L'arbitrato pubblico in relazione col privato in diritto romano (rec. di D. Caporali). — G. B. Palmieri, Il formularium tabellionum di Irnerio (rec. di G. Salvioli).

Studi senesi, vol. X, fasc. 1-2. — P. Rossi, Le istituzioni di beneficenza dell'antica Roma. — A. F. Rossello, Di alcuni studi ausiliari della storia del diritto romano. — M. Pampaloni, Furto di possesso e furto di uso. — F. Schupfer, Manuale di storia del diritto italiano (rec. di C. Calisse).

Archiv für civilistische Praxis, vol. LXXX, f. 1. — Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävolas Responsen. — Riccobono, Die L. 5, pr. D., ad exhibendum für die Willenstheorie im Besitz.

Archiv für das bürgerliches Recht — VII, 2. Kindel, Die Natur der Sach und Haftklage insbesonder Kondiktion.

Bizantinische Zeitschrift, II, 2. — Zachariae von Lingenthal, Beiträge zur Geschichte des byzantinischen Urkundenwesens. — C. Boor, Römische Kaisergeschichte in byzantinischer Fassung.

Centralblatt für Rechtswissenschaft, XII, 8. — KUNTZE, Jhering, Windscheid, Brinz (cenno di RÜMELIN). — AUDIBERT, Etude sur l'histoire du droit romain (cenno di BLONDEL). — COHN, Quasipupillarsubstitution (cenno di RÜMELIN). — 9. ECK, Gedächtnisfeier von B. Windscheid und R. von Jhering (cenno di RÜMELIN). — WREDE, Leitfaden der Institutionen des R. R. (cenno di RÜMELIN). — PERNICE, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert (cenno di MATTHIASS). — COHEN, Kammergerichtsreferendar a. D. 4, § 1, III, D., de aed. ed., 21, 1 (cenno di RÜMELIN), — LENEL, Zur sog. actio de in rem verso utilis (cenno di MATTHIASS). — 10. BEKKER, Die römischen komiker als Rechtszeugen (cenno di RÜMELIN). — HÖLDER, Institution des R. R. (cenno della Red.). — 11. LENEL, Sabinussystem; SCHNEID, Zur Geschichte der Sklaverei im alten Rom; BARON, Peregrinenrecht und ius gentium; DEGENKOLB, Die Befreiung durch Census; VON TUHR, Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia; WLASSAK, Zur Geschichte der Cognitur; JÖRS, Untersukungen zur Gerichtsverfassung der römischen Kaiser zeit (cenni di LEONHARD). — 12. BUONAMICI, Della riproduzione delle Pandette fiorentine (cenno di KLEINFELLER). — STEIDLE, Das Soldaten Testament (cenno di MATTHIASS). — XIII, 1-2. JHERING, Theorie des Sittlichen (cenno di SOMMER). — COSTA, Il diritto privato nelle commedie di Terenzio (cenno di KLEINFELLER). — LEHMANN, Consuetudines feudorum (cenno di SCHULZ).

Kritische Vierteljahresschrift für G. G. und R. W. — Vol. XXXV, fasc. 1. — Bibliotheca iuridica medii aevi, edidit Gaudentius, etc. (rec. di SEKEL). — MITTEIS, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs (rec. di KRÜGER). — HÖLDER, Pandekten (rec. di PERNICE). — Fasc. 2. WLASSAK, Römische Processgesetz (rec. di LOTMAR). — BIERMANN, Traditio ficta (rec. di LEIST). — Fasc. 3. SCHNEIDER, Die italienisch Romanistik in den Jahren 1890, 1891, und 1892.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen P. R. — XXXII, 1-2. JHERING, Der Besitz.

Literarische Centralblatt, 1893, N. 47. — JHERING, Der Zwech im Recht (cenno an.).

Neue philologische Rundschau, 1893, N. 19. — HERMANN SCHILLER, Die römischen Staats-und Kriegsaltertümer, e M. VOIGT, Die römischen Privataltertümer (rec. di BRUNCKE).

Wochenschrift für klassische Philologie, 1893, N. 46. — M. TULLI CICERONIS, De oratore libri tres rec. STANGL. (rec. di TOLKIEHN).

Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwarth. — XX, 3. — Wlassach, Römisch. Processgesetze (rec. di Zoll). — XXI, 1. — Czylarz, Zur Lehre vom tignum iunctum.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. R. G. — XIV, 2. Erman, Wie weit war die exceptio rei venditae et traditae decretal? — Fitting, Ueber die Handschrift N. 82 des Domcapitels zu Vich. — Girard, La date de la loi Aebutia. — Gradenwitz, Textcritisches. — Grupe, Zur Latinitat Justinians. — Hitzig, Beiträge zur Kenntniss und Würdigung des sogen. westgothischen Gaius. — Kübler, Der Prozess des Quinctius und C. Aquilius Gallus. — Mommsen, Aegyptischer Erbschaftsprozess vom J. 135. — Pernice, Parerga V. — Zachariä von Lingenthal, De actionibus. — Bremer, Ludwig Johann von Savigny. — Burckhard, Gutenberg und Cicero. — Fitting, Praescribere im Sinn von verjähren. — Audibert, Études sur l'histoire du droit Romain (rec. di Krüger). — Petrazychi, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten (rec. di Leonhard). — Hitzig, Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter. (rec. di Kübler). — Perozzi, Perpetua causa nelle servitù prediali romane (rec. di Weber).

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. — Nuova serie, vol. XXVI, f. 3-4. — Oertmann, Die Volkswirtbschaftslehre des Corpus iuris civilis (rec. di Freunde). — Biermann, Traditio ficta (rec. di Endemann). — Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs (rec. di Lenel).

Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble. — III. — Beudant, Litis contestatio.

Nouvelle Revue historique. — XVII, N. 2. — Esmein, La nature originelle de l'action *Rei uxoriae*. — Thibault, *La lucrativa descriptio*, impôt sur les successions dans l'ordre des décurions. — Simaika, Essai sur la province romaine d'Egypte (rec. di L. Denisse). — N. 3. Cuénot, De sentence du juge et de sa réalisation dans l'action sacramenti in rem. — Audibert, L'adrogation et la capitis deminutio. — N. 4. Beaudouin, La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. — N. 5. Beaudoin, La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. — Per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini (rec. di Audibert). - Th. Mommsen, Le droit public romain (rec. di Esmein).

Polybiblion. Vol. XLVIII, f. 4. — Rambaud, Explication élémentaire du droit romain; Id. Id., Résumé du droit romain pour le premier et le deuxième examen de licence; Van Wetter, Cours

élémentaire de droit romain contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien; JHERING, Œuvres choisis par DE MEULENAERE (rec. di M.LAMBERTI). — M. CONRAT, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechtes im früheren Mittelalter (rec. di P. FOURNIER).

Revue archéologique. XXI. — CARTON, La lex Hadriana et son commentaire par le procurateur Patroclus.

Revue critique d'histoire et de littérature. — 1893, N. 47. — MARQUADT, La vie privée des Romains (rec. di R. CAGNAT).

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence. — Anno XVII, fasc. 1°. — VALÉRY, Origines du pacte de constitut. — RIVIER, Précis du droit de famille romain (rec. di VALÉRY). — Fasc. 2. VALÉRY, Origines du pacte de constitut. — APPLETON, Le fou et le prodigue en droit romain. — VIGNEAUX, Essai sur l'histoire de la praefectura urbis à Rome. — HOELDER, Pandekten (rec. di BRISSAUD). — SERAFINI, Istituzioni di diritto romano (rec. di VALÉRY). — Fasc. 3. APPLETON, Le fou et le prodigue en droit romain. — Fasc. 4. VIGNEAUX, Essai sur l'histoire de la praefectura urbis à Rome. — MOMMSEN, Le droit public romain (rec. di PETIT). — M. RAMBAUD, Explication élémentaire du droit romain; ID. ID., Résumé de droit romain (rec. di VALÉRY).— M. ERMAN, De la restitution des frais de procès en droit romain (rec. di APPLETON). — Fasc. 5. V. YSEUX, Droit du possesseur de bonne foi quant aux fruits produits par la chose et quant aux améliorations faites sur cette même chose. — Per il XXV anno d'insegnamento di F. SERAFINI (rec. di VALÉRY). — M. CARNAZZA, La servitus luminum et la servitus ne luminibus officiatur (rec. di VALÉRY).

Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques. — 1893 (maggio). — LEVASSEUR, Professions relatives à la subsistance du peuple et aux services publics dans l'empire romain.

The Law Magazine and Review. N. 288. — WILLIAMS, The function of evidence in Roman law.

The Law Quaterly Review, VIII, 31. — BEVEN, Volenti non fit iniuria.

The juridical Review, V, I. — RIVIER, Jhering und Windscheid.

Tijdscrift voor Straf. R., VII, 2. — HAM, Volenti non fit iniuria.

BULLETTINO BIBLIOGRAFICO

(Si pregano gli autori e gli editori di voler aiutare l'Istituto nella compilazione di questo bullettino, informandolo delle loro pubblicazioni).

Appleton C., Le fou et le prodigue en droit romain. — Paris, Thorin, 1893.

Antier J., Des actions noxales. — Paris, Rousseau, 1892.

Aubert M., Du contrat per nuncium. — Paris, Pedone-Lauriel, 1892.

Arnò Carlo, La L. 23, § 2, ad S. C. Velleianum, C., 4, 28, (per il 50° anniversario d'insegnamento di Giorgio Anselmi).

Baron J., Pandekten, 8 Aufl. — Leipzig, Duncker et Humboldt.

Binoche E., Acquisition du droit de cité romaine. — Paris, Pedone-Lauriel.

Burgairolles J., Des droits de l'epoux survivant dans la succession de son conjoint prédécédé en droit romain et en droit français. — Paris, Jouve.

Bertolaud J. C., De l'inaliénabilité de la dot. — Paris, Rousseau, 1891.

Butel P., De l'impôt des successions à Rome. — Paris, Pedone-Lauriel.

Carnazza G., Le obbligazioni alternative nel diritto romano e nel diritto civile italiano. — Catania, Pansini, 1893.

Corsi R., La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile, coi principî del diritto romano, con la dottrina e con la giurisprudenza, 3ª ed. — Bologna, Zanichelli.

Costa E., Il diritto privato nelle commedie di Terenzio. — Bologna (Estr. dall'*Arch. Giur.*).

Cassan P., Jus offerendae pecuniae. — Toulouse, Saint-Cyprien.

Centner E., Du legs de la dot et en général de la chose due — Paris, Rousseau.

Contat P. L., Du pacte de constitut. — Paris, Rousseau.

Chamier D. A., A manual of Roman law. — London, Swan Sonnenschein.

De Ruggiero E., L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani (Estr. dal nostro *Bullettino*).

De Ruggiero E., Dizionario epigrafico di antichità romana. Fasc. 30: Candelabeum. Cappadocia. — Roma, L. Pasqualucci.

Duchène A., Des origines de l'ypothéque. — Paris, Rousseau.

Delécaille A., Du droit de cité à Rome, divers moyens de l'acquerir. — Paris, Duchemin.

Dervillers P., Des peines de l'adultère en droit romain, avant, sous et après la loi Julia de adulteriis. — Paris, Pedone-Lauriel.

Delafournière G. P. H., L'action praescriptis verbis. — Paris, Rousseau.

Ferrini C., Sull'origine del contratto di vendita in Roma. (Estr. dalle *Memorie della R. Acc. di scienze di Modena*).

Formiggini Cesare, La stima nella conclusione dei contratti. — Torino, Bocca, 1893.

Glatard M., Du louage d'ouvrage. — Lyon, Mongin-Rusand.

Galtier L., Du rôle des évêques dans le droit public et privé du Bas-Empire. — Paris, Rousseau.

Hardy C., Successio in locum creditoris. — Paris, Rousseau.

Hubert V., De l'occupation. — Paris, Pedone-Lauriel.

Herteaux A., De la pétition d'hérédité. — Paris, Rousseau.

Koschembahr-Lyskowski J., Die Theorie der Exceptionen nach klassischem römischen Recht. I. Berlin, Guttentag.

Leto G., L'Interdetto Utruhi e la perfezione della donazione di cose mobili in senso della Lex Cincia nei frammenti Vaticani. — Parte I, Palermo, Vena, 1892.

Leoni G., Plus petitio. — Milano (dal Commento alle Pandette del Glück).

La Fouta W., De l'adpromissio. — Paris, Rousseau.

Lardeur G., Du pactum displicentiae. — Paris, Rousseau.

Lameire J., De l'interdit salvien. — Paris, Pedone-Lauriel.

Lucci Arnaldo, Delle promesse per pubblici proclami. — Napoli, F. De Angelis, 1893.

Massebiaux L., Etude sur la condition juridique du prodique et du faible d'esprit en droit romain et en droit français. — Paris, Rousseau.

Milhaud L., De l'application de la loi pérégrine à Rome. — Paris, Larose et Forcel, 1892.

Perrenet P., Etude sur le colonat. — Paris, Rousseau.

Panhard J., De l'action institoria. — Paris, Larose et Forcel.

Poilane A., De l'usucapio pro herede. — Paris, Rousseau.

Paperoni E., Du prêt à intérêt en droit romain et en droit français.

Planchenault H., De l'in integrum restitutio accordée aux mineurs. — Paris, Pedone-Lauriel.

Rachou L., De la règle fructus augent hereditatem. — Paris, Rousseau.

Roagier R., De la procédure suivie contre les absents. — Paris, Larose et Forcel.

Royer de Fontenay L., Revenu du trésor impérial. — Paris, Rousseau.

Trougnoux G., Du droit de résolution en droit romain et en droit français. — Paris, Duchemin.

Tarbouriech A., Des habitations à Rome et des droits dont elles sont susceptibles. — Toulouse, Saint-Cyprien.

Vanni A., Svolgimento storico del concetto di obbligazione nel diritto romano. — Urbino, 1893.

Vassal V., Des publicains sous la république. — Paris, Pedone-Lauriel.

Valery J., Conjectures sur l'origine et les transformations du pacte de constitut. (Estr. dalla *Revue Gén. du droit*).

Zocco-Rosa A., Per il L° dottorato di Teodoro Mommsen. — Catania, 1893.

Zocco-Rosa A., Le fonti del lib. I, tit. 1, de iustitia et iure delle istituzioni di Giustiniano. (Estr. del *Circ. Giur.*).

L. M. Rollin Couquerque, Tweerlei Dogma. — Haag, Mouton, 1893.

Ch. Louis Kooiman, Fragmenta iuris antiquissimi — Utrecht, 1893.

Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, e. kommentar-fortges. etc. Serie der Bücher 43 und 44. 4 Tl., 1 Ab. — Erlangen, Palm et F.

Festgabe zum Doktor-Jubiläum von R. v. Ihering überreicht von der Juristenfakultät zu Breslau. — Breslau, Schletter.

Kuntze, J. E., Ihering, Windscheid, Brinz. (Estr. dall'*Archiv f. bürgerl. R.*).

Pfaff J., Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere. — Manz.

Steinlechner P., Das schwebende Erb-R. und die Unmittelbarkeit der Erbfolge. Nach röm. und österr. R. Ein Beitrag zur Lehre von der Pendenz der RR. — Innsbruck, Wagner.

Hitzig, Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter. —München, 1893.

Luxhin von Ebengrenth, Vorläufige Mitteilungen über die Geschichte deutscher Rechtshörer in Italien. — Wien, 1893.

Querini, La beneficenza romana dagli antichi tempi fino a oggi. — Roma, 1893.

Stammler, Praktische-Pandektenübungen für Anfänger zum akademischen Gebrauche und zum Selbststudium. — Leipzig, 1893.

Salkowski, Trattato delle Istituzioni del diritto privato romano e breve storia del medesimo (1ª traduzione italiana dell'avvocato Roberto Lanzara). — Napoli, Federico Corrado, 1893.

Capobianco Emilio, Il diritto penale di Roma esposto sistematicamente e messo a confronto col diritto penale vigente, e con le teorie della nuova scuola positiva. — Firenze, Barbèra, 1893.

C. G. Bruns, Fontes juris romani antiqui. Editio VI, cura Th. Mommseni et O. Gradenwitz, Voll. 2. — Friburgi, Mohrü, 1893.

Regelsberger F., Pandekten Vol. I. — Leipzig, Duncker et Humboldt, 1893.

Zachariae von Lingenthal, Paralipomena ad Basilica — Lipsiae, Schulze, 1893.

NOTIZIE

Pel 50mo anniversario del dottorato di Teodoro Mommsen celebratosi il di 8 novembre 1893 l'Istituto di Diritto Romano presentò all'illustre uomo un indirizzo gratulatorio, al quale egli rispose con la più squisita cortesia.

Summa Perusina. Dobbiamo chiedere scusa ai soci se la promessa pubblicazione di questa opera nel 1° volume di *Fontes* sarà protratta per ragioni tipografiche ancora di qualche mese. Possiamo tuttavia assicurare la distribuzione secondo le norme già stabilite.

Multe sepolcrali. Parecchie iscrizioni contenenti multe sepolcrali sono state edite nel *Bullettino di Archeologia e Storia Dalmata*, vol. XVI, dal signor Jelic, ricomponendo vari frammenti, che si trovano nel Museo Salonitano. Non ne riportiamo il testo, perchè i frammenti stessi si trovano già nel *Corpus inscriptionum;* ma crediamo utile notare qui le pagine di quel *Bullettino* dove esse sono ripubblicate e ricomposte: fasc. luglio 1893, p. 99, 2 iscrizioni — fasc. settemhre 1893, p. 130, 1 iscriz., p. 131, 1 iscriz., p. 132, 1 iscriz., p. 133, 2 iscrizioni — fasc. ottobre 1893, p. 146, 1 iscriz.; p. 147, 1 iscriz.; p. 148, 1 iscriz.

Alla bibliografia sull'argomento già da noi altre volte data (*Bull. dell' Ist. di D. R.* III, 1890, p, 266; IV, 1891, p. 158, 247) aggiungiamo ora J. Merkel *Ueber die sogenannten Sepulcramullen*, Leipzig 1892, estratto dal volume *Festgabe der Göttinger Juristen — Facutät für R. von Jhering.*

Notiamo pure due iscrizioni pubblicate pure nel detto *Bull. Dalm.* fasc. ottobre 1893, p. 147-148, che parlano della compra di un sarcofago e di una piscina cemeteriale. Ciò facciamo per confermare sempre più la spiegazione data dal Bonfante, *Res mancipi* e *nec mancipi*, (Roma 1889) pag. 176 seg. delle mancipazioni di colombari, ollarii, ecc.

SOPRA LA NATURA GIURIDICA

DELLA

SOSTITUZIONE PUPILLARE

NEL DIRITTO ROMANO

INTRODUZIONE.

§ 1. La materia delle sostituzioni passava in generale, presso i vecchi pratici, come una delle più ardue ed imbrogliate, miniera inesauribile pei causidici di appigli a litigi e di lauti guadagni: « *Nullus alius fundus in iurisprudentiae solo est, qui uberiorem messem reddat* »[1]. Pei teorici la palma della difficoltà è rimasta, fra le tre specie di sostituzioni, a quella, che dicesi *sostituzione pupillare*, circa la quale si vennero addensando, fino da ultimo, le questioni e le discussioni, per quanto tocca la sua origine, la ragion sociale, che fe' sentirne la necessità, il rapporto giuridico che le porse la base, e in ispecie la sua essenza giuridica e le sue vicende, di fronte e allato dei vari istituti del diritto successorio, coi quali essa venne a trovarsi in contatto.

[1] De Retes, *Ad tit. de vulg. et pup. subst.*, nel Meermann, *Thesaurus*, VII, pag. 321.

§ 2. Intorno all'origine, al fondamento e alla ragion sociale di essa, le divergenze delle opinioni posson dirsi oggidì buon tratto scemate, dacchè almeno in questo quasi concordemente si conviene: che la sostituzione pupillare, quale disposizione testamentaria fatta dal padre pel figlio impubere, e pel caso di sua morte nell'impubertà, sia mera esplicazione della potestà assoluta del padre di disporre liberamente « *super pecunia tutelave suae rei* », già sancita dalla regola delle XII tavole, benchè forse sia a queste posteriore, e affermatasi solo man mano di poi, appunto nei *mores*, col ridursi frequente e consueto l'uso delle disposizioni testamentarie; e in quei casi e per quelle stesse ragioni, in cui potesse sembrare opportuno al padrefamilia sottrarre la propria personalità familiare ad altri *sui heredes*, che esistessero, oltre quel *suus* impubere, o agli agnati, o ai gentili. E però si abbandona di solito, per quanto tocca la ragion sociale dell'istituto, la congettura, già prima avanzata da taluno, che, cioè, quello mirasse a proteggere la vita dell'impubere da possibili insidie di eredi legittimi, ingordi della sua eredità e malvagi.

§ 3. Ma pure il concordarsi omai sopra questi punti sostanziali, del fondamento e della ragione sociale dell'istituto, non tolse la possibilità e l'esistenza di dissensi sopra singole modalità, relative a questi medesimi punti; nè, meno ancora, rimosse i dissensi, tuttora vivi e sostanziali, sopra le altre questioni, a cui la sostituzione pupillare ha dato luogo, circa la sua giuridica essenza e le sue vicende, di fronte ai vari istituti di diritto successorio, coi quali essa si trovò a contatto[2].

[2] Possono vedersi, sopra la sostizione pupillare, i seguenti lavori speciali: *Ramerius, *De vulgari et pupillari substitut.*, Lugduni., 1553; De Retes, *op. cit.*, nel cit. Meermann, *Thesaurus*, VII, pagg. 321-374; Del Manzano, *Prael. ad tit. Pandect. de vulg. et pup. subst.*, nel cit. Meermann, *Thes.*, VII, pagg. 321 e segg.: Papillon, *De subst. pupill.*, nell'Otto, *Thes.*, IV, coll. 715-754; Chifletius, *Tractatus de subst.*, nel cit. Otto, *Thes.*, V, coll. 677-722, in ispecie cap. 15, coll. 710-714; Foquelinus, *Praelection. Aurelianae ad titulum de vulg. et pupill. subst.*, Lugd. Batav., 1676; *De Goepel, *Diss. de subst. pup. a German. non exclusa*, Helmst., 1740; Schadee, *Ad l. 4*

§. 4. In particolare la questione e il dissenso rimasero, e durano tuttavia, sopra questo punto capitale: è la sostituzione pupillare a riguardarsi quale disposizione testamentaria del padre stesso, o quale disposizione dell'impubere, benchè fatta dal padre; e però è il sostituito pupillare a riguardarsi quale erede del padre, o erede dell'impubere?

La glossa riguardava la sostituzione pupillare, quale disposizione testamentaria del figlio impubere, benchè redatta dal padre, e però concepiva il sostituito pupillare, quale erede dell'impubere: e fu seguìta in questo dai principali trattatisti di Diritto romano comune, dal cinquecento al secolo scorso [3]. Odiernamente prevale invece un'altra opinione: che, cioè, cotale concetto della sostituzione pu-

de vulg. et pupill. subst., 1744, nell'Oelrich, *Thes. nov. diss. iurid.*, II, 2, pagg. 315 e segg.; De Monsalvo, *Prael. ad tit. de vulg. et pupill. subst.*, Cervariae, 1752; Madihn, *Diatr. iurid. civil. vicissitud. substit. impub. complexa*, Hal., 1769; Dencke, *Diss. de success. et pupill. substit.*, Götting., 1782; J. Müller, *Diss. de substit. pupill.*, Giessen, 1786; Borttcher, *Spec. histor. iur. civil. quo origines et fata doctrinae de pupill. subst. enarrantur*, Gott., 1797; G. A. Franck, *De origine et natura vulg. et pupill. subst.*, Jenae, 1828; Wilckens, *De pupill. subst. quaestion. quaedam*, Berol., 1861; Firnhaber, *De pupill. subst. quaestion. duae*, Berol., 1867; Manna, *Carattere giuridico della sostituz. pupillare in diritto rom.*, Napoli, 1885.

Fra i trattati generali meritano particolare nota, per lo svolgimento dato al nostro tema e alle questioni discorse nel testo:

Rogerius, *De succession. et substitution.*, Lugduni, 1552; Cuiacio, *Recit. ad tit. pand. de vulg. et pupill. subst.*, nelle *Opera*, Venetiis-Mutinae, 1758-1795, vol. VII, coll. 879 e segg.: Donello, *Comm. iur. civil.*, VI, 23, 19; 25, 5 e 9; VIII, 23, 11; Duareno, *In tit. de vulg. et pup. subst.*, cap. 13-14, nelle *Opera*, Lucae, 1765-8, II, pag. 136-7; Heineccius, *De vulg. et pupill. subst.*, nelle *Opera*, Genevae, 1771, vol. VI, pagg. 479 e segg.; Voet, *Comm. ad pand. lib. XXVIII, tit. VI*, §§ 20-22; Zoesio, *Comm. in lib. 28, 6 Dig.*, Venetiis, 1757, II, pag. 73; Hubero, *Praelect. iur. civ.*, Maceratae, 1838-39, II, 16, vol. I, pag. 217; Averanio, *Interpr t. iur.*, Maceratae, 1833, V, 7, 5-6, vol. I, pag. 35-6; Hartitzsch, *Das Erbrecht*, Leipz., 1827, §§ 91-5, pag. 84-90; Rosshirt, *Das testamentar. Erbrecht*, Heidelb., 1840, §§ 71-73, pagg. 379-394; Vering, *Röm. Erbr.*, Heidelb., 1861, pag. 343 e segg.; Mühlenbruch, *Fortz. der* Gluck's *Pand.*, XL, §§ 1446-1456, pagg. 258 e segg.; Keller, *Inst.*, § 228; Id., *Pand.*, § 488; Puchta, *Pand.*, 12 Aufl., § 478, pag. 684-6; Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, 7 Aufl., §§ 452-4, II, pagg. 176-185; Baron, *Pand.*, 7 Aufl., § 403, pagg. 662-664; Dernburg, *Pand.*, 2 Aufl., III, § 89, pagg. 169-173; Brinz, *Pand.*, 2 Aufl., §§ 374-5, III, pagg. 88-93; Wächter, *Pand.*, § 293, II, pagg. 734-738; Arndts, *Lehrb. der Pand.*, §§ 496-9; Id., *Gesamm. civil. Schrift.*, II, pagg. 175-184; Windscheid, *Pand.*, 6 Aufl, §§ 558-9, III, pagg. 85-94.

[3] Donello, *op. cit., l. cit.*; Heineccius, *op. cit., l. cit.*; Voet, *op. cit., l. cit.*

pillare sia ben quello recato dai giuristi classici e accolto poi nel momento giustinianeo; ma si nega ch'esso sia il concetto originario, asserendosi invece esser tale il concetto della sostituzione di disposizione del padre e del sostituito erede del padre; per guisa da potersi trattare la sostituzione pupillare, quale mera applicazione e sottospecie della volgare, e da potersi dire perfino propriamente una sostituzione volgare « modificata », con cui il padre avrebbe disposto del patrimonio, che dopo la sua morte sarebbe pervenuto da lui all'impubere, e del quale il patrimonio, che questi altrimenti venisse ad acquistare, aveva a considerarsi non più che semplice accessione.

In codesta opinione consentono i più [4], pur dissentendo ne' particolari: donde far partire il nuovo concetto del sostituito erede dell'impubere, se dallo scorcio della repubblica, o solo più tardi, dopo il momento adrianeo, se e quanto sia da riconoscere da ultimo d'importanza e d'influenza nel concetto originario, e in quali rapporti. E più specialmente le divergenze si addensano, per ciò che attiensi all'ammettere o al valutare le influenze di quel concetto originario, sopra le vicende che la sostituzione pupillare venne a subire, nei suoi rapporti con quegli altri istituti di diritto successorio, coi quali si trovò a contatto.

Altri ancora propugna il concetto della sostituzione pupillare, quale disposizione pel padre, senza limiti di tempo, e come durato ininterrottamente, dalle origini dell'istituto fino all'ultimo momento giustinianeo. E codesto stesso concetto, appare ancora variamente presso i suoi diversi propugnatori. Così precipuamente, fra essi, Edoardo Huschke riguarda in ogni tempo nella disposizione testa-

[4] Wening-Ingenheim, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, III, 1829, pag. 147; Franck, *op. cit.*; Keller, *opp. citt.*, ll. citt. Brinz, *op. cit.*, *l. cit.*; Vangerow, *op. cit.*, § 452, II, pagg. 176-7; Schlayer, *Ueber das Verhältn. des Erwerbes ex inst. und ex subst.*, nell'*Arch. f. civil. Praxis*, LIII, pagg. 48-84: Id., *Zur Lehre von dem Abzug der Falzid. Quart bei doppeltest.*, nell'*Arch. f. civil. Praxis*, LIII, pagg. 189-235; Pietak, *Zur Lehre von der Pupillarsubst.*, nell'*Arch.* cit., LVIII, pagg. 378-427; Windscheid, *op. cit.* l. cit.

mentaria del padre pel figlio impubere una duplice istituzione per due persone (*Eine dualisirte Einsetzung zweien Personen*); di tal guisa, che per la volontà del padre l'impubere si riduca a formare una stessa persona col sostituito; ma tuttavia egli considera essenzialmente solo il sostituito, quale erede vero, definitivo del padre, mentre l'impubere è in certo modo solamente un'appendice della personalità paterna [5]. E per contro I. Baron riguarda il sostituito erede del padre fin da ultimo, in tutt'altra guisa, e proprio come stretto in unità di persona collo stesso impubere, fin dal giorno dell'apertura dell'eredità paterna, avendosi tuttavia che il solo impubere rimanga, finchè vive, nel possesso pieno dell'eredità, che passa poi, alla sua morte, al sostituito, con tutti quei mutamenti, ch' essa ebbe a subire in mano dell'impubere, o per fatto della gestione operatane dal tutore di costui, o anche altrimenti, per cagione dell'esercizio di diritti e di privilegi personali dell'impubere; sussistendo tuttavia, sopra quest'ultimo punto, divergenze profonde nelle opinioni dei varii giureconsulti. In altre parole, il Baron ravvisa nel rapporto che corre, in forza della sostituzione pupillare, fra l'impubere e il sostituitogli pupillarmente, uno di quelli ch' egli chiama rapporti giuridici complessi (*Gesammtrechtsverhältnisse*), e che sussisterebbe fino a che l'impubere vive e non ha raggiunto la pubertà, e si scioglierebbe col fatto della sua morte, o col suo raggiungimento dell'età pubere [6].

§ 5. Tale, sopra la questione capitale della natura giuridica della sostituzione pupillare, il vario dissenso appo gli scrittori fin più recenti. Ma il dissenso non si contenne solo entro le sfere degli

[5] Huschke, *Die Prästat. der Legate in Doppeltestamenten*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proces*, N. F. VI, pagg. 370, 424; VII, pagg. 54-104, 107, 228. Cfr. in ispecie VI, pag. 421, e VII, pag. 101: Hermann, *Ueber einige Rechtsfragen beträg. die Leistung vom Verm. bei der Pupillarsubst.*, nella *Zeitschr.* cit., N. F. VIII, pagg. 394-430.

[6] Baron, *Die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht*, Marb. u. Leipzig, 1864, §§ 42-45, pagg. 455-536.

scrittori, e in genere dei teorici; bensì si ripercosse, e si ripercuote tuttavia, anche nella pratica e nella giurisprudenza, in ispecie per quei casi, in cui importa risolvere se una sostituzione pupillare, ordinata sotto l'impero di uno dei Codici, vigenti in Italia innanzi al Sardo, i quali l'ammettevano, benchè con modalità e limiti diversi, debba avere effetto, se bensì il padre sia morto sotto l'impero di quel Codice, ma il figlio impubere sia morto invece sotto l' impero del Codice Sardo. La quale questione è semplicemente un pratico corollario dell'altra, se la sostituzione pupillare sia a riguardarsi disposizione pel padre o pel figlio impubere, e però da sottoporsi alla legge, che regola l'aprirsi della successione paterna, o a quella che regola l'aprirsi della successione del figlio. Una questione analoga sorse pure, prima d'ora, nei paesi, che passarono dal diritto comune al regime del Codice francese; il quale, sull'esempio dell'articolo 64 della legge 17 nevoso dell'anno II [7], bandì la sostituzione pupillare, qual'era nel diritto comune, solo accogliendo una monca e bastarda reminiscenza di quella, negli articoli 1048 e 1049 [8].

E parimente sorse una tal questione nei paesi, che passarono dal diritto comune a legislazioni, che riconobbero la sostituzione pupillare, ma ordinata diversamente, come il Codice Albertino, il quale ne protraeva l'efficacia fino agli anni 16, anzichè fino ai 14.

Nella risoluzione di codesta questione, la giurisprudenza piemontese si mostrò costantemente inclinevole a concepire la sostituzione pupillare disposizione testamentaria dell'impubere, e il sostituito pupillare erede dell'impubere, e però ad applicare la legge vigente all'aprirsi della successione dell'impubere. Dichiarò per-

[7] Cfr. MERLIN, *Repert.*, v. *Substitution*, § 2, n. 16; § 3, n. 10; AUBRY ET RAU, *Cours de droit civ. franc.*, 4 ed., § 693, n. 3, VII, pag. 298.

[8] LOCRÉ, *Legisl.*, XI, pagg. 105 e 109; MARCADÉ, *Expl. du code Napol.*, IV, pag. 146 e segg.; ZACHARIAE, *Cours de droit franc.*, trad. et revu par *Aubry et Rau*, § 696, III, pagg. 128-90; AUBRY ET RAU, *op. cit.*, § 696, VII, pagg. 331 e seguenti.

Pei motivi di codesti due articoli, cfr. l'*Exposé de motifs* di BIGOT-PREAMENEU, nel LOCRÉ, *Legisl.*, V, pagg. 305 e segg.

tanto inefficace la sostituzione pupillare ordinata dal padre, la cui successione erasi aperta sotto l'impero del diritto comune, mentre quella dell'impubere si era invece aperta, vigente il Codice francese [9]; estese al sedicesimo anno l'efficacia della sostituzione ordinata sotto l'impero del diritto comune, ma apertasi di poi alla morte del figlio, vigente il Codice Albertino [10]; e finalmente decise ripetutamente che la sostituzione pupillare, ordinata dal padre, sotto l'impero dei Codici anteriori che l'ammettevano, fosse priva d'effetto, ogni qual volta bensì la successione paterna si fosse aperta, sotto l'impero di quei Codici, ma la pupillare si fosse aperta per contro, vigente il Codice italiano [11].

[9] App. di Torino, 13 febbr. 1810, *Racc. dell'Acc. di Tor.*, 1810, pag. 209, e *Journal du Palais*, VIII, pag. 100; App. di Torino, 19 febbr. 1849, nella *Gazz. dei trib.*, 1848-49, pag. 141 e *Giur. degli Stati Sardi*, I, 889; Cass. di Torino, 23 febbraio 1859, nella *Coll.*, 1859, pag. 122.

Anche il concetto contrario del sostituito erede del padre fu seguìto tuttavia in due decisioni del Senato di Piemonte, 2 maggio e 2 dicembre 1815, V. Duboin, *Decis. Senatus pindem.*, 1815.

[10] App. di Torino, 17 febbr. 1852, nella *Gazz. dei trib.*, 1852, p. 18.

[11] Cass. di Torino, 23 febbr. 1859, nella *Gazz. dei trib.* di Genova, II, 2, p. 1, pag. 122; App. di Torino, 13 maggio 1872, nella *Giur. di Tor.*, IX, 527 e *Ann. di Giur.*, VII, I, 1, 286; App. di Torino, 14 febbr. 1873, nella *Giur. di Tor.*, X, 287; Cass. di Tor., 28 maggio 1873, nella *Giur. di Tor.*, X, 473 e *Ann. di Giur.*, VII, 2, I, 80; Cass. di Torino, 9 nov. 1880, nella *Giur. di Tor.*, XVIII, 207, nella *Legge*, 1881, 1, 486, e nel *Monitore dei tribun.* di Milano, 1881, XXII, pag. 443.

Nello stesso senso cfr. anche App. di Genova, 11 dic. 1869, nella *Gazz. dei trib. di Genova*, XXII, 8.

Codesta giurisprudenza non ha per base solo il concetto che il sostituito pupillare sia a considerarsi erede del padre, secondo il disposto positivo dell'art. 874 del Codice Albertino, che ammette la sostituzione pupillare, ma ben anche s'informa al convincimento che tale esso sia pure a considerarsi, secondo il diritto romano, dal quale così quel Codice avrebbe accolto il nostro istituto. Si vegga, a questo proposito, l'importante motivazione della citata sentenza della Cass. di Torino, 9 nov. 1880.

E se poi la stessa Cassazione di Torino, con sentenza 29 dicembre 1883 (nella *Giur. di Torino*, 1884, pagg. 177-9, e *Ann. di giur.*, XVIII, I, 1, pagg. 154-7) confermava la sentenza della Corte d'App. di Modena, 27 maggio 1881 (negli *Ann. di giur.*, XVI, 2, 80, e *Foro it.*, VI, 1881, pag. 843) la quale, abbandonando il concetto anteriormente seguìto nella sentenza del 9 maggio 1876 (nella *Riv. di Bol.*, V, 35, *Riv. legale* di Modena, I, 35, *Racc. di giur.*, XXVIII, 2, 705, e *Foro ital.*, I, 984), riguardò la sostituzione pupillare, come l'esemplare, disposizione del padre, e da sottoporsi alla legge, che regola la successione di questo, essa non intese certo di ricredersi dal concetto, al quale aveva prima informate tradizionalmente le sue deci-

Una tendenza del tutto contraria manifestò invece la giurisprudenza delle provincie, rette, fino all'unificazione italiana, dal diritto comune, in ispecie quella delle Corti marchigiane, romane e toscane [12]; le quali partirono costantemente dal concetto, che riguarda la sostituzione pupillare disposizione del padre, e il sostituito pupillare erede di questo.

§ 6. La controversa natura giuridica della sostituzione pupillare non può ricercarsi e studiarsi, nel diritto romano, in alcuna guisa più proficua, che indirettamente: mirando in ispecie a coglierne i rapporti con altri istituti di diritto successorio; rapporti assai variamente concepiti e definiti, nei diversi tempi, e presso i diversi giuristi; i cui dissensi appunto su quelli porgono allo studioso elementi singolarmente preziosi.

sioni, circa la essenza della sostituzione pupillare, secondo il Codice Albertino e il diritto romano; ma intese solo d'interpretare precisamente il disposto positivo dell'articolo 852 del Codice estense, che parve ad essa, come già era parso alla Corte di Modena, informato ad un diverso concetto. Questa giusta osservazione facciamo nostra da una nota anonima, che trovasi apposta alla suddetta sentenza del 29 dicembre 1883, nella *Giur. di Torino*, l. cit.

[12] App. d'Ancona, 15 maggio 1876, nella *Racc. di giur.*, XVIII, 1, 2, 654 e *Foro ital.*, 1876, III, 1, 1317; Cass. di Roma, 5 luglio 1877, nella *Racc. di giur.*, XXIX, 1, 1, 809, nella *Legge*, 1878, XVIII, 1, 355, negli *Ann. di giur.*, XI, 1, 1, 491, e nel *Foro ital.*, III, 1, 983; App. di Firenze, 6 giugno 1867, negli *Ann. di giur.*, I, 1, 2, 281, e nella *Legge*, 1867, I, pag. 713; Cass. di Firenze, 27 gennaio 1868, negli *Ann.*, 1868, II, 1, pag. 31.

Nel senso della giurisprudenza romana e toscana si pronunciano, fra noi: Gabba, *Retroattività delle leggi*, III, cap. 18, § 2, pagg. 327-336; Buniva, *Succ. test.*, p. 265; Paoli, *Succ. test.*, § 257.

Nel senso contrario della giurisprudenza piemontese sono i lavori appositi di A. Zecchettelli, *La sost. pupill. e il diritto transitorio nel Cod. civile ital.*, nella *Legge*, 1879, 3, pagg. 221 e segg. e nella *Gazzetta del Procuratore*, 1879, XIV, p. 505-9; 517-520, 529-533; D. Dialti, *Sulla nullità o validità delle sost. pupill. in dir. transitorio*, nella *Temi Veneta*, 1882, pagg. 485 e segg.; Di Jorio, *Una sost. pupill. scritta in un testam. apertosi vigente l'antica legge che l'ammetteva avrà effetto se il pupillo muoia dopo l'attuazione del Codice civile patrio?*, nella *Gazz. del Procuratore* XVII, 1883, pagg. 589-91; 600-62.

Troviamo citato, sopra l'argomento della sostituzione pupillare, un lavoro, a quanto parrebbe, prevalentemente pratico, che non potemmo procurarci: C. Porta, *Dell'unicità del testam. e dell'eredità nella sost. pupillare.* Napoli, 1889.

Segnatamente noi riguarderemo il rapporto, in cui si presenta la chiamata alla sostituzione pupillare coll'istituzione nell'eredità paterna, allorchè concorrano entrambe in una medesima persona: rapporto diversamente concepito, pei suoi pratici effetti, da giuristi di tempi diversi [13].

Ricercheremo, in secondo luogo, gli effetti, che, pel sostituito pupillarmente all'impubere istituito dal padre, esplica la liberazione, conseguita dall'impubere, dell'eredità paterna, quale deferitagli testamentariamente; conseguita o col far valere il *ius abstinendi*, o altrimenti ottenendo sopra l'eredità paterna la *bonorum possessio contra tabulas;* considerando in particolare se, per effetto di quella liberazione dell'impubere, anche il sostituito abbia ad intendersi liberato ugualmente dagli oneri gravanti sull'eredità paterna [14].

Ci porremo da ultimo a fissare le regole, che governano l'obbligo del sostituito pupillarmente a prestare i legati, o imposti all'impubere, o a lui stesso, o ad entrambi: qui ancora variamente, secondo che in quel sostituito non intervenga, rispetto all'eredità paterna, altra qualità, o vi concorra invece anche la qualità di coerede dell'impubere [15].

[12] Warnkönig, nella *Zeitschr.* di Rosshirt, II, pagg. 1 e segg.; Id., *In wie Weit ist der vom Vater eingesetzte Pupillarsubstitut berechtigt die eine der Erbschaften, zu welcher er berufen ist, anzunehmen, und die andere auszuschlagen*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, XVIII, pagg. 286-334.

[14] D'entrambi i due primi punti s'occupano: Leist, *Observ. ad fr. 76 § 1 D. de acquir. v. om. her.*, Jenae, 1853; Schlayer, *Ueber das Verhältniss des Erwerbes ex institutione und ex substitutione*, nell'*Arch. f. civil. Praxis*, LIII, pagg. 48-84; Pietak, *Zur Lehre von der Pupillarsubst.*, nell'*Arch.* cit., LIX, pagg. 1-35.

[15] Pfordten, *Ueber die Berechnung der quarta Falcidia wenn ein und dieselbe Person mehrere Portionen derselben Erbschaft erhält*, nelle *Abhandlung. aus dem Pandektenr.*, Erlang., pagg. 1-112; Huschke, *Die Prästation der Legate in Doppeltestamenten*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VI, pagg. 370-424, VII, pagg. 54-104, 187-228; Herrmann, *Ueber einige Rechtsfragen betr. die Leistung von Vermächtn. bei der Pupillarsubst.*, nella *Zeitschr.* cit., N. F. VIII, pagg. 394-430; Vangerow, *Von Berechnung der Falzidisch. Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, XXXVI, pagg. 219-387, XXXVII, pagg. 327-383; Id., *Lehrb.*, § 535, II, pagg. 467

Così, del resto, indirettamente, fu già consueto studiare il nostro istituto fra gli scrittori, che ci hanno preceduto: e però, nel tracciare codesto ordito del nostro studio, non presumiamo di far cosa nuova. Bensì, pur su codesto stesso terreno già da altri battuto, confidiamo di arrivare a qualche nuovo resultato, per via di una esegesi accurata e spregiudicata dei testi; fra i quali non pochi alterati o guasti dall'opera di annotatori, d'interpolatori e di copisti, altri svisati nel loro valore, o da preconcetti, vieppiù pericolosi, quanto più valorose le menti in cui sorsero, o da tendenza assidua a voler rimosse ad ogni costo antinomie evidenti fra diversi passi delle pandette, rinunziandosi per tal guisa alla luce preziosissima, che, appunto da tali antinomie, può e deve trarsi per lo studio del tema.

e segg.; GORDAN, *De legis Falcidiae ratione in duplic. testam. ponenda*, Bonnae, 1853; SCHLAYER, *Zur Lehre von dem Abzug der Falzid. Quart bei Doppeltestamenten*, nell'*Arch.* cit., LIII, pagg. 189-235; PIETAK, *op. cit.* nell'*Arch.* cit., LVIII, pagg. 378-427.

Di tutti e tre i punti qui accennati tratta poi largamente il BARON, *Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht*, § 42-44, pagg. 453-6.

CAPITOLO I.

Il rapporto della disposizione di sostituzione pupillare colla istituzione nell'eredità paterna concorrenti a favore di una stessa persona.

§ 1. Cominciamo dal primo punto, considerando il rapporto, che corre fra la disposizione di sostituzione pupillare e la istituzione d'erede, quando avvengano entrambe a favore di una stessa persona, per guisa che questa si trovi ad essere istituita erede dal padre e sostituita pupillarmente al figlio impubere. Può dirsi esser codesto il punto capitale del nostro tema, e quello che tocca più direttamente l'intima essenza dell'istituto; come già per sè lascierebbero intendere le profonde divergenze delle opinioni professate sopra di esso dai giuristi vissuti in epoche diverse, e discusse poi faticosamente dagli scrittori fin più recenti.

§ 2. Facciamoci in primo luogo dal considerare il caso, in cui la persona istituita erede dal padre a sè medesimo, e contemporaneamente sostituita pupillarmente da lui all'impubere, abbia già adita l'eredità paterna deferitagli. Per esso non ci occorre spendere lungo discorso, in quanto le attestazioni precise e concordi delle fonti tolgono necessità e opportunità di discussioni diffuse. Si trova posta, invero, come regola generale, che la persona chiamata alla eredità paterna e alla pupillare non possa, una volta adita quella, deferitagli *ex institutione*, repudiar questa, deferitagli *ex substitutione*, così come l'istituito incondizionatamente in una porzione di eredità non può, dopo adita quella porzione, repudiarne un'altra, deferitagli

sub conditione, una volta che la condizione stessa, lui vivo, si è verificata. A conforto di questa regola voglionsi addurre i due passi seguenti:

Nerazio, *2 membr.*, *D.* 29, 2, 59: Qui patri heres exstitit si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius prætermittere: quod sic recipiendum est etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. nam is qui heres exstiterit pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, coniungi eam paternæ hereditati et adcrescendi iure adquiri cuicumque patris heredi existimandum est.

Giust., *C.* 6, 30, 20: Quidam elogio condito heredem scripsit in certas uncias et post certa verba testamenti eundem in alias uncias vel tantas vel quantascumque et tertio vel in aliam partem hereditatis vel quendam unciarum modum, ille autem unam institutionem vel duas admittens unam vel duas vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittitur. § 1 Similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit, et postquam testator decessit, pupillus quidem patri heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit, et postea adhuc in prima ætate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit: cumque substitutus eandem partem admittere noluit, quæsitum est, si potest iam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare? § 2 Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus: placuit enim nobis sive in institutionibus sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur et necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere vel etiam substitutionem pupillarem. Dat. Prid. Kal. Mai, *Constantinop.* post Consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. 531. [1]

§ 3. Di codesta costituzione giustinianea non mancò per vero di recente un'interpretazione, la quale ingegnosamente devia dalla consueta, secondo cui essa ha senso e valore del tutto identico a quello del passo di Nerazio. Il Baron invero, basandosi sopra le due particelle *quidem* ed *autem*, alle quali gli sembra di dover dare valore di spiccata contrapposizione, intende che l'impubere debba avere operato diversamente che il sostituito, e però di qui trae indizio, per mutare la lezione del testo, inserendo un *non*, fra *heres* ed *extitit* (*pupillus quidem patri heres* non *extitit*). Secondo

[1] Cfr. Vangerow, *Lehrb.*, § 454, II, pag. 182 e gli ivi citati; Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIX, pag. 23.

il Baron, il presupposto di fatto della costituzione sarebbe questo: solo l'estraneo, a cui vi si accenna, avrebbe adito secondo il testamento, mentre invece l'impubere si sarebbe astenuto (*patri heres non extitit*); e però a quell'estraneo si sarebbe accresciuta la parte dell'impubere. Ora l'estraneo, rifiutando codesto accrescimento, vorrebbe insieme rifiutare la sostituzione pupillare. A difesa delle sue pretese egli addurrebbe, secondo il Baron, la nota regola, di cui si ha traccia nel passo di Marciano, 2 *regul.*, *D.* 29, 2, 55; la quale dichiara che l'estraneo, istituito erede per una quota, possa, se il suo coerede si astenga, repudiare analogamente la sua quota, a meno che i creditori ereditari non gli dichiarino di non volerlo tenere responsabile dei debiti gravanti sopra l'eredità, oltre l'ammontare di quella.

La questione pertanto, proposta a Giustiniano, consisterebbe nel vedere se codesta regola sia da applicarsi alla sostituzione pupillare, se cioè il fatto dell'impubere astenutosi dall'eredità paterna, dia diritto all'estraneo, istituito e sostituito pupillarmente, di rifiutare la deferitagli sostituzione pupillare; al che Giustiniano risponderebbe negativamente [2].

Ma una siffatta interpretazione del Baron non sembra veramente confortata da indizi concludenti, non valendo per tale il preteso senso di contrapposto delle due particelle *quidem* e *autem*, troppo dubbio, in ispecie nella lingua giustinianea, in cui compaiono per consueto con valore solo pleonastico. Mentre ancora, e ben più, manca nel passo anche il più lontano accenno ad un presupposto, che per accogliere l'interpretazione del Baron riesce indispensabile: che cioè l'*extraneus heres* abbia differita la sua dichiarazione sopra il diritto di scelta, di cui è detto nel passo di Marciano, *D.* 29, 2, 55, fino alla morte dell'impubere [3].

[2] Baron, *op. cit.*, pag. 512.

[3] Così giustamente osserva anche lo Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIII, p. 65-8.

Quanto sforzata e priva adunque di attendibili indizi è codesta interpretazione, altrettanto per contro s'offre piana ed agevole l'interpretazione consueta, secondo la quale si avrebbe trattato qui lo stesso caso, a cui si riferisce il fr. 59 di Nerazio, per la naturale ed evidente connessione ed analogia, che appunto questo caso offre con quello della chiamata a porzioni diverse d'una stessa eredità: connessione ed analogia, che, pur da una semplice lettura del testo, resulta esser tenuta presente e ben valutata. E, se differenza sostanziale vi ha fra i due testi, essa non in altro consiste che nella più completa trattazione del passo di Nerazio; in cui si arriva anche a trarre una rigorosa e giusta deduzione della regola sopra l'inscindibilità della disposizione diretta alla sostituzione pupillare e della nomina all'eredità paterna, per quanto riguarda l'obbligo anche dello stesso erede della persona istituita e sustituita pupillarmente, di adire la sostituzione pupillare, dopo la morte di questa, avvenuta mentre l'impubere era ancora in vita, concependosi pertanto l'eredità, solo allora apertasi, dell'impubere, quale accrescimento dell'eredità paterna già adita da quella persona, istituita e insieme sostituita pupillarmente. Deduzione codesta, la quale, del resto, non premeva di tener presente alla costituzione giustinianea, che mirava a determinare solo il principio fondamentale.

Alla questione e alla risoluzione, recata dal passo di Nerazio, corrisponde adunque, secondo la comune opinione, che noi pure crediamo meritevole d'esser seguìta, la questione e la risoluzione che si contiene nella costituzione giustinianea, e però quei due passi affermano concordemente un principio, che troviamo poi riconosciuto nella pratica del diritto comune [4].

[4] " Quaero an pupillariter substitutus possit acceptare paternam hereditatem et repudiare pupillarem. et dicas non posse: Fusari, *De subst.*, quaest. 151, p. 66 ,.

§ 4. Ad un rilievo importante porge il destro tuttavia l'accenno, recato dalla costituzione giustinianea, a dispute, a cui l'accoglimento di codesto principio avrebbe dato luogo *apud veteres*.

L'accenno a tali dispute è fatto in forma così chiara e recisa, da non potersi elevar dubbio, sopra la vera esistenza di queste: la quale, anche altrimenti, apparirebbe probabile dalla sicura notizia, a cui perveniamo altrimenti, di dispute fra i giuristi sopra punti connessi intimamente a questo nostro.

Ma, proprio di riscontro a codesto accenno, sta, meritevole di nota, il fatto del concordare il concetto seguìto da Nerazio con quello che informa la costituzione giustinianea, e sta l'assenza di qualsivoglia traccia, in altri frammenti delle pandette, di una diversa opinione, sopra il punto, di cui qui si tratta. Talchè sorge qui del tutto spontanea la congettura che le traccie appunto di tali diverse opinioni fossero rimosse di proposito dai compilatori delle pandette, e che, pure di proposito, fosse trascelto, su questo punto, solo il passo di Nerazio, come corrispondente al pensiero di Giustiniano. Il qual passo e il qual pensiero viene pertanto ad acquistare importanza più diretta e piena; importanza che riserbiamo di valutare di proposito, proseguendo in queste nostre ricerche.

§ 5. Codesto principio ultimamente affermato da Giustiniano, e, fra i giuristi classici, da Nerazio, benchè non senza discussione e dissenso di qualche altro giurista, è fissato (come manifestamente dichiara la costituzione giustinianea), pel caso, in cui una stessa persona sia chiamata, *ex institutione*, ad una quota qualsivoglia della eredità paterna, e insieme sia chiamata, *ex substitutione*, alla successione dell'impubere; il quale si trovi pure, per una qualunque quota, istituito dal padre, e però legato alla sua eredità. Ma codesto stesso principio interverrebbe anche quando l'istituito fosse sostituito pupillarmente, anzichè ad un impubere coistituito con lui,

ad un impubere diseredato? I più rispondono affermativamente [5], Il silenzio di Nerazio sopra la necessità che si tratti di un impubere istituito, perchè si abbia a far luogo all'applicazione della regola, ch'egli formula generalmente, pare ai più sufficiente argomento a cotal risposta; contro la quale si oppose il solo Warnkönig [6], ma combattuto di poi dagli scrittori che gli vennero appresso.

Noi teniamo tuttavia di non dovere esitare ad accogliere codesta deviante opinione del Warnkönig. Stanno a favore di essa i principii fondamentali, e, diremmo, l'essenza stessa dell'istituto dell'*exheredatio;* la quale, producendo il distacco dell'impubere e della sua eredità dalla eredità paterna, rende inammissibile la posizione del chiamato, quale istituito nell'eredità paterna e quale sostituito nell'eredità pupillare, come di chiamato a due quote diverse d'una medesima eredità. Esplicazione precisa appunto di codesta essenza dell'*exheredatio*, e del tutto corrispondente a questa, che noi qui ravvisiamo col Warnkönig, la vedremo tra breve, considerando il caso della persona istituita e sostituita pupillarmente; la quale, dopo aver repudiato *ex institutione*, si dichiara che possa adire *ex substitutione*, appunto se sia sostituita all'impubere diseredato dal padre (*Giuliano*, D. 29, 2, 40 e 41). Il che pare a noi doversi tener presente come decisivo, e forse vale a spiegare in guisa probabile il silenzio serbato da Nerazio, sopra la necessità del presupposto dell'istituzione dell'impubere, presupposto che, per sè, appunto doveva apparire, nel concetto del giurista, troppo naturale ed evidente, e affermato già, in un'applicazione del tutto analoga, dal massimo giurista del suo momento: Giuliano. Ma di contro al silenzio, che tuttavia sopra quel presupposto serba Nerazio, sta la espressa menzione, che del presupposto medesimo reca, nella sua

[5] Vangerow, *Lehrb.* § 452, II, p. 181-2; Mühlenbruch, *Fortz.*, XL, p. 432; Löhr, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, XXII, p. 388; Mayer, *Erbr.*, I, § 38; Sintenis, *Syst.*, p. 452.

[6] Warnkönig, nella *Zeitschr. di Rosshirt*, II, pagg. 4 e segg., e nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, XVIII, p 295.

costituzione, Giustiniano; menzione, che non può tenersi superflua ed oziosa, trattandosi proprio d'una costituzione diretta a risolvere una questione dibattutasi fra i giuristi classici, e che importava di porre colla più scrupolosa esattezza e precisione di limiti. E, per questo appunto, l'esistenza di codesta esplicita menzione del presupposto che l'impubere sia sostituito, ci sembra porgere insieme indizio assai attendibile anche a pensare che pure soltanto per questo caso, e non per l'altro dell'impubere diseredato, esistesse fra i giuristi la disputa, a cui Giustiniano accenna, e ch'egli intende risolvere; e che pertanto taluno fra essi si mostrasse inclinevole ad estendere, al caso dell'impubere istituito, la facoltà del sostituitogli pupillarmente, e pure coistituito con lui nell'eredità paterna, di repudiare la eredità pupillare, dopo avere adita la paterna; facoltà, intorno alla quale nessuno dovette dissentire, nel caso in cui l'istituito fosse sostituito pupillarmente all'impubere diseredato.

Ma poichè, d'altra parte, cotale discussione non parrebbe potersi ascrivere al momento adrianeo; dacchè in esso troviamo affermata con tanta sicurezza la regola, che confermò poi Giustiniano, circa la necessità dell'istituito sostituito pupillarmente di adire *ex substitutione*, qualora abbia adito già *ex institutione*, fa duopo ricondurla con tutta probabilità ad un periodo posteriore. Il che ci preme qui di avvertire, come cosa non immeritevole d'essere oggetto, più tardi, di qualche osservazione.

§ 6. Vediamo il caso, in cui la persona, nella quale concorre la duplice qualità d'istituito dal padre e di sostituito pupillarmente all'impubere, non abbia adita l'eredità paterna, ma l'abbia invece repudiata. Potrà egli, non ostante cotal repudio *ex institutione*, adire *ex substitutione?* Circa questo punto ci rimangono nelle fonti traccie precise e dirette, e non già solo indirette, come circa il punto precedente, di dissensi fra i giuristi; e in ispece fra i giuristi di momenti diversi. Sarà compito nostro, e fonte per noi preziosa

nella ricerca degli elementi, dei quali andiamo in traccia, per cogliere la natura giuridica della sostituzione pupillare, valutare attentamente l'indole diversa di quei dissensi.

§ 7. Il passo capitale, sopra codesto argomento, è quello d'Ulpiano, *4 disp.*, D. 29, 2, 40.

Ulp., *4 disp.*, D. 29, 2, 40. Quaesitum est, an, licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere: ut puta si impuberi fuerit substitutus. in qua specie Iulianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit incidere eum in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati: nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quicquam consequi. sed Marcellus eleganter distinguit multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento an ex parte. ut, si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.

§ 8. Un primo punto di discussione, a cui esso porse luogo, riguarda il dubbio se sia a riferirsi ad un *suus heres*, istituito e sostituito pupillarmente dal padre, o ad un *extraneus heres*. Contro l'opinione della glossa, difesa dal Cuiacio, e rievocata ancora da ultimo dal Baron, [7] che lo riferisce ad un *extraneus heres*, sembra veramente che stia la lettera stessa del testo, se interpretata spregiudicatamente. Gli accenni a *paterna hereditas*, a *patris voluntas*, a *creditores paterni*, non vi si possono intendere, come aventi valore solo di mero contrapposto ad eredità, a volontà, a creditori del figlio; dacchè, nella parte del passo, in cui quelli si riscontrano, precedentemente all'*utputa*, [8] non s'è discorso ancora del figlio; nè però v'ha possibilità ancora d'un tal contrapposto. E l'*hereditati se immiscere*, per quanto invero non possa considerarsi, in modo assoluto, quale espressione tecnicamenne esclusiva pei *sui*, e s'adducano alcuni esempi, da cui appare applicata anche talvolta a *volun-*

[7] Baron, *op. cit.*, p. 520-523.

[8] *Utputa* intende arbitrariamente il Baron che abbia qui valore di " *in ispecie* „, anzichè propriamente di " *per esempio* „.

tarii heredis, [9] è peraltro innegabile che normalmente essa si trovi in tal riferimento a *sui*, e che gli esempi, in cui essa si riferisce ad *heredes voluntarii*, costituiscano solo una ben rara eccezione [10].

§ 9. E parimente che nella prima parte del passo, in cui da Ulpiano s'adduce l'opinione di Giuliano, prima che quella di Marcello, riferita nella seconda parte (*sed Marcellus eleganter distinguit*), si tratti d'un *suus* istituito accanto all'impubere, a cui è sostituito pupillarmente, non già, come si pretese da taluni, d'un *suus* sostituito pupillarmente ad un impubere diseredato, resulta pure dalla lettera e dall'organica struttura e partizione del passo. Dacchè proprio il presupposto della diseredazione, si passa a considerarlo implicitamente nella seconda parte, adducendosi l'opinione di Marcello, che contrappone appunto il caso di tale implicita diseredazione dell'impubere, per l'istituzione *ex asse* del *suus* sostituitogli pupillarmente, a quello dell'istituzione *ex parte* d'esso impubere, allato dell'altro *suus* sostituitogli: e però è naturalmente e necessariamente da pensare che, nella prima parte, l'opinione giulianea considerasse il caso normale del *suus*, sostituito all'impubere coistituito con esso.

§ 10. Pertanto la questione, proposta a Giuliano, e che provocò la pronunzia, di cui è detto nel nostro passo, dovette esser questa: se un *suus*, sostituito pupillarmente al fratello impubere coistituito con lui, e che, nel tempo decorso dalla morte del padre, non ha peranco adita l'eredità di questo, per la parte deferitagli, ma si è tenuto, rispetto ad essa, inoperoso, sia avendo chiesto un termine a delibe-

[9] Ulp., *13 Sab.*, *D.* 38, 17, 2, 10; Valente, *3 fid.*, *D.* 36, 1, 69 (67) pr. Cfr. Baron, *op. cit.*, l. cit.

[10] V'intendono contemplato il caso del *suus heres*:
Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, VII, p. 87-96; Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIII, p. 74-6; Vangerow, *Leitf.*, II, p. 342; Id., *Lehrb.*, § 454, II, p. 181-2.

rare, circa l'adirla o l'astenersene, sia altrimenti, debba considerarsi come immischiatosi nell'eredità paterna e caduto nell'editto, circa il se *immiscere hereditati (incidit in edictum)*, qualora, morto il fratello impubere, a cui era sostituito pupillarmente, abbia adita l'eredità di lui. Il dubbio poteva sorgere naturale, mancando di necessità, nell'editto, un elenco tassativo degli atti, da considerarsi quali importanti immistione nell'eredità del *suus*, come, per l'erede estraneo, di quelli importanti *gestio pro herede*[11]. Giuliano risponde affermativamente; e giustifica la sua risposta, adducendo l'unità, in cui l'eredità del padre e quella dell'impubere si trovano compenetrate; per guisa che adizione di questa vuol dire per lui, necessariamente, anche *immixtio* in quella *(nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex* EADEM *hereditate quicquam consequi)*[12]. Talchè solo quando l'impubere, per cui è ordinata la sostituzione, sia diseredato, e, come tale, posto fuor d'ogni rapporto coll'eredità paterna, e venga meno, per conseguenza, tale unità delle due eredità, il *suus* sostituito può, secondo Giuliano, astenersi impunemente dall'eredità paterna, e adire invece, come separata e distinta da essa, la pupillare:

GIUL, *26 dig. D.*, 29, 2, 41: Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.

§ 11. La risoluzione giulianea non piace a Marcello. Egli, distinguendo il caso, in cui il *suus*, sostituito pupillarmente, sia istituito dal padre *ex asse*, da quello in cui sia istituito solo *pro parte* (mentre per l'altra parte potrebb'essere istituito, oltre che l'impubere, un terzo) vuol limitata solo al primo la decisione giulianea e in tal

[11] Il CUIACIO volle che qui si trattasse dell'editto *si quis omissa causa*, cercando ingegnosamente, ma invano, di sfuggire all'obbiezione capitale che quell'editto si riferiva ai legati da prestarsi sopra l'eredità, non ai debiti ereditari: Cfr. SCHLAYER, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Pr.*, LIII, pagg. 74-6: BARON, *op. cit.*, pagg. 521-3.

[12] *Eadem*, in senso proprio, e non in senso di *ea*, come intende lo SCHLAYER, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Pr.*, LIII, p. 77.

senso approva e pronunzia, con Marcello, anche Ulpiano. Ma la ragione, per cui in codesto caso anche Marcello si trova costretto a riconoscere che il *suus*, sostituito pupillarmente, non possa astenersi *ex institutione* e adire *ex substitutione*, è semplice, quanto manifestamente diversa da quella, che informava la generale risoluzione di Giuliano, così per questo caso, come, identicamente, per quello del sostituito, istituito *pro parte*. Essa consiste semplicemente in ciò: che, qualora quel sostituito sia l'unico istituito nella eredità paterna, e, come tale, s'astenga dall'eredità deferitagli, il testamento paterno rimane materialmente senz'efficacia, e cade con esso la disposizione della sostituzione pupillare, che da quello ripete il suo valore. Ciò è così vero, che Ulpiano stesso, il quale fa propria quella risoluzione di Marcello nel *D.* 29, 2, 40, considerando altrove il caso, in cui il sostituito pupillarmente sia, invece che un *suus*, un *extraneus heres*, dichiara, *a contrario*, d'ammettere esso sostituito pupillarmente ad adire l'eredità pupillare, nonostante il suo repudio della paterna, qualora egli abbia, come istituito in questa, un sostituito volgare, che adisca in vece sua, e, adendo, impedisca la *destitutio* del testamento paterno:

Ulp., *1 Sab.*, *D.* 28, 6, 10, 4: Si ex asse heres institutus, filio exheredato substitutus repudiaverit patris hereditatem, *cum non haberet substitutum*, non poterit filii adire: nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas: nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit.

§ 12. Solo la preoccupazione di tener saldo materialmente e formalmente il testamento, fondamento della sostituzione, induceva pertanto Marcello ed Ulpiano a dichiarare inscindibile il destino delle due eredità, paterna e pupillare, senza che nè l'uno, nè l'altro s'informasse al concetto dell'organica essenziale unità di quelle, al quale invece esplicitamente s'informava Giuliano.

Il qual riscontro e contrasto sostanziale dei due concetti bene appare dai passi testè riferiti d'Ulpiano aver trovato luogo in ge-

nerale, tanto essendo il sostituito pupillare un *suus heres* del padre, come essendo un *extraneus heres:* dacchè non valutavasi il rapporto fra il padre testatore e il sostituito pupillarmente, e poco importava che questo fosse o meno di familiare *suitas;* ma bensì si valutava e teneva decisivo il rapporto, intercedente fra l'eredità del padre e quella del figlio, per cui la sostituzione era ordinata: il qual rapporto Giuliano concepiva d'essenziale e inscindibile unità: e contrariamente Marcello ed Ulpiano; senza riguardo alla posizione, che verso l'una di esse, e in ispecie verso quella del padre, avesse il chiamato ad entrambe.

§ 13. Senonchè, proprio di Giuliano, noi troviamo direttamente riferito nelle pandette un passo, dal quale resulterebbe un concetto del tutto identico a quello di Marcello, circa l'ammissibilità pel sostituito pupillare, istituito nell'eredità paterna, ma non *ex asse*, di repudiare *ex institutione*, e di adire, ciò non ostante, *ex substitutione*, ogni qual volta non appaia disposto il contrario da un'esplicita dichiarazione di volontà del padre testatore, diretta ad accomunare le vicende dell'eredità pupillare con quelle dell'eredità sua propria. Il passo in discorso è il seguente:

Giul., *40 dig., D.*, 36, 1, 28 (27), 2: " Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset. et ideo si pupillo substitutus fuerit itaque: ' quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto ', hereditatem, quae ex substitutione ad eum pervenerit, restituere cogendus erit. si vero detracto hoc articulo 'quisquis mihi heres erit' substitutus ita fuerit: ' Titius filio meo heres esto ', tum si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit hereditatem pupilli restituere, si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire. „

Nel principio del testo, in tema di restituzione fedecommessaria, è posta la regola che chi accusa, quale *suspecta*, l'eredità paterna non debba trarre alcun vantaggio dal testamento paterno, così

come se egli non vi fosse stato istituito, o, istituitovi, non avesse adito. E vi si soggiunge, quale conseguenza di tal regola, che se chi accusa *suspecta* l'eredità sia sostituito pupillarmente al figlio impubere, colla formola *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, egli debba restituire, coll'eredità paterna, anche la pupillare, pervenutagli *ex substitutione*. Ma poi la seconda parte del passo (*Si vero* ecc.) prosegue, avvertendo che se invece nel testamento non appaia codesta formola a manifestare l'accomunamento, voluto dal testatore, delle sorti dell'eredità pupillare con quelle della paterna, il sostituito pupillare, che non sia l'unico erede, chiamato nel testamento paterno *ex asse*, perchè altro ve ne abbia, chiamato con lui *pro rata*, possa, pure accusando *suspecta* l'eredità paterna, e però adempiendo l'obbligo di restituir questa, adire liberamente, come distinta da essa, l'eredità pupillare. E pertanto, in codesta seconda parte, è proprio il concetto di Marcello che si presenta genuino e spiccato, e contrario del tutto al concetto riferito, come di Giuliano, da Ulpiano nel *D.* 29, 2, 40, e al quale appunto il concetto di Marcello appariva contrapposto.

§ 14. La contraddizione fra il nostro passo di Giuliano *D.* 36, 1, 28, 2, e l'altro d'Ulpiano *D.* 29, 2, 40 non è sfuggita veramente agli scrittori, ch'ebbero a toccarne [13]. Ma però essi credettero di rimuoverla agevolmente, presupponendovi diseredato o astenutosi l'impubere, la cui eredità si dice potere essere adita dal sostituito pupillare, che aveva, quale istituito *pro rata*, accusata *suspecta* l'eredità paterna, e però l'aveva restituita: e, con ciò, presupponendo pure un distacco fra l'eredità paterna e la pupillare. [14] Ma nè di diseredazione, nè d'*abstentio* dell'impubere, il passo reca alcun cenno. Chè anzi la regola vi appare esposta in generale, solo in vista della distinzione se il sostituito pupillare abbia o meno,

[13] Cfr. VANGEROW, *Lehrb.*, § 454, II, p. 183, e i citati ivi.
[14] VANGEROW, *op. cit.*, l. cit.

come istituito del padre, un coerede; il quale, coll'adire, mentr'egli repudia, impedisca la *destitutio* del testamento. E la diseredazione dell'impubere non vi è considerata che solo implicitamente, nel riguardare al caso, in cui il sostituitogli pupillarmente è istituito *ex asse* dal padre.

§ 15. Non sembrandoci che per questa via si giunga a probabile resultato, noi riteniamo che la contraddizione fra i due passi persista, per tal guisa inesplicata. E per ispiegarla ad altra via osiamo affidarci.

Non porrà intanto ardito, nè meritevole di lunga discussione, il nostro convincimento che codesta contraddizione non sia ad attribuirsi veramente allo stesso pensiero di Giuliano; per guisa da non aversi pure a presentare il dubbio che in concetto così sostanziale, che tocca, non tanto l'essenza della sostituzione pupillare, quanto l'essenza stessa della successione ereditaria, egli avesse a pronunziarsi così diversamente, in due libri differenti della sua medesima opera dei *digesta*.

Neppure ci sembra attendibile congettura che Ulpiano citasse nel fr. 40 erroneamente, come di Marcello, un'opinione di Giuliano, e che, nel passo di Giuliano testè riferito, si rappresentasse quella, ch'era veramente la propria opinione di codesto giureconsulto. La citazione d'Ulpiano non è fatta incidentalmente, di passaggio; ma proprio di proposito, contrapponendo due opinioni, la seconda delle quali contiene, pe' suoi pratici effetti, una profonda limitazione della prima, e che, ben più, s'informa, come si vide, ad un concetto sostanzialmente diverso: e di scrittori, ch'egli suol citare di frequente, e di cui egli si valse sistematicamente, e certo direttamente, nelle due sue maggiori opere dei commenti all'Editto e a Sabino. [15] Oltre a ciò, non va trascurato che la citazione è recata proprio in

[15] PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, nei *Sitzungsber. der kön. preuss. Akad. der Wiss. zu Berlin*, 1885, p. 460-1

un passo delle *disputationes;* nelle quali, per la stessa essenza loro di discussioni teoretiche, le citazioni di singole opinioni professate da anteriori giuristi, avevano importanza e funzione capitali; e però dovevano esservi singolarmente accurate. Che poi, con codesti indizi d'ordine esteriore e formale, dell'esatta attribuzione a Giuliano del pensiero citato come di lui da Ulpiano nel fr. 40, corrispondano altri indizi d'ordine sostanziale, lo vedremo di proposito altrove, quando, riassunte le varie manifestazioni del concetto, che della sostituzione pupillare ebbe Giuliano, potremo valutarli convenientemente: ma può ben notarsi, già fin d'ora, il valore di contrapposto, che ha, nel titolo stesso 29, 2 delle pandette, il successivo frammento 41 di Giuliano, tratto direttamente dall'opera sua dei *digesta:* pel caso del sostituito all'impubere diseredato; e che ben corrisponde appunto all'opinione, che da Ulpiano trovasi nel fr. 40 attribuita a Giuliano.

§ 16. Escluse, come l'altra, anche codeste due ipotesi, osiamo proporre una nostra congettura. Diciamo tosto ch'essa consiste nel ritenere che la seconda parte del passo di Giuliano da noi citato, dopo *Et ideo*, che reca applicazioni rispetto alla sostituzione pupillare, del principio generale espresso nella prima parte, non sia attribuibile a Giuliano, ma sì a Marcello, e precisamente sia costituita da una *nota* di lui ai *digesta* giulianei, della quale sia caduta la consueta indicazione *Marcellus* o *Marcellus notat.*

Più indizi ci sembra che s'accordino a confortare codesta congettura; la quale, negativamente, avrebbe buon segno d'attendibilità già dalla rilevata inattendibilità delle altre.

S'avverta, in primo luogo, come l'esistenza di note di Marcello ai digesti giulianei si trovi provata sicuramente, oltre che per lo stesso libro 40, perfino per lo stesso frammento di questo libro, dal quale è tratto il passo, di cui ci occupiamo; e come le note, che vi si hanno, appaiano intese appunto, oltre che a spiegare i concetti

esposti nel testo, a porgerne applicazioni, con pratici esempi, o a limitarne, pure praticamente, la portata. E che proprio, nel nostro passo, non s'abbia più la consueta indicazione della nota, ma invece l'indicazione sia perduta, è cosa nè molto strana, nè senz'altri esempi. Un esempio molto notevole lo ricordiamo avvertito dal Cuiacio, per un frammento di Papiniano, *D.* 38, 2, 42, 2; nel quale, con forza acuta di esegesi, egli riesce a determinare nelle parole « *sed et in patrono pendente controversia*, ecc. » l'esistenza di una nota di Ulpiano o di Paolo, ma più probabilmente di questo secondo, nota di cui si è perduta l'indicazione:[16] e ricordiamo che, a proposito di codesta nota, il Cuiacio stesso ricorda un esempio analogo per un passo di Marcello, *14 dig.*. *D.* 29, 7, 19, nel quale, proprio dalle parole *immo dumtaxaat...* è a tenersi caduta l'indicazione *Ulpianus notat*, che giustamente l'Aloandro volle riapposta in questo punto, nella sua edizione delle pandette. E ricordiamo pure, a tacer d'altri, la probabilissima recente congettura del Lenel, secondo la quale sarebbe a ravvisarsi una nota di Paolo, nel periodo che incomincia colle parole *quod ita verum est*, in un passo pure di Papiniano, *9 quaest.*, *D.* 16, 3, 24: congettura, suffragata dal logico distacco di quel periodo da ciò che precede nel testo, e dall'esistenza in esso di forme quasi estranee alla lingua papinianea, e predilette invece a Paolo [17].

Tornando ora al nostro passo, non costituisce poi grave ostacolo al pensiero, che seguiamo, la non corrispondenza (che non ci sfugge) del libro dei *digesta* citato da Ulpiano, e in cui Giuliano avrebbe enunciata la sua opinione sopra la inammissibilità, pel sostituito istituito, di adire *ex substitutione*, dopo aver repudiato *ex institutione*, e l'altro, a cui appartiene il passo che noi teniamo annotato da Marcello, in senso contrario. Il pensiero di Marcello può ben credersi espresso ripetutamente, in nota a due libri diversi

[16] Cuiacio, *In lib. 19 quaest. Pap.*, nelle *Opera*, IV, coll. 328-330.
[17] Lenel, *Paling.* I, 830, n. 167, nota 2.

della medesima opera dei *digesta:* e sviluppato segnatamente là ov'era discorso dei criteri dell'*immixtio hereditati* e della *pro herede gestio*, in connessione alla trattazione apposita, che ne porgeva Giuliano, appunto nel libro 26 dei *digesta*. Nel libro 40 invece, in tema di restituzione fedecommessaria, dovette premere a Marcello di tornare sopra il suo concetto, in ispecie conciliandolo coll'espressione della volontà del defunto, e però ammettendo anche la inscindibilità delle eredità del padre e dell'impubere, nel caso in cui essa fosse imposta dalla espressa disposizione del padre, colla formola *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, riaffermando invece il pensiero, già enunciato in nota al libro 26, nel caso in cui codesta espressa disposizione del padre mancasse.

Noi teniamo, di tal guisa, doversi rivendicare a Marcello anche l'affermazione, che del concetto attribuitogli da Ulpiano, nel *D.* 29, 2, 40, si trova nel passo fin qui discorso del *D.* 36, 1, 28, 2: e insieme ci pare di poter considerare come assodato che il pensiero di Giuliano sopra questo punto è quel medesimo, che riferisce come di lui Ulpiano, nel testo dianzi citato.

§ 17. Dietro il concetto pronunziato da Marcello procedeva, poco appresso, Papiniano, e prima che Ulpiano s'ascrivesse pure fra i seguaci di quello. Troviamo infatti che un passo papinianeo delle *quaestiones* ripiglia la *quaestio* già presentata a Giuliano e a Marcello, trattandola in modo più complesso che costoro: preoccupandosi in genere della possibilità per un *suus*, istituito dal padre e sostituito pupillarmente, di scindere l'eredità paterna, deferitagli *ex institutione*, dalla pupillare, deferitagli *ex substitutione;* pur fuori dell'oggetto particolare, su cui s'erano fermati quei due primi giuristi: se l'adizione nell'eredità pupillare importi *immixtio* nella paterna.

Pap., *3 quaest*, *D.* 28, 6, 12: Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres exstitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet: iustius enim praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. etenim ius dicenti propo-

situm est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari debent habita ratione facultatium in Falcidia non patris, ut alias solet, sed inpuberis.

§ 18. Dell'opinione, diffusa fra parecchi dei vecchi trattatisti [18], benchè combattuta già da taluni di essi [19], e dalla maggioranza degli scrittori odierni [20], che, cioè, codesto passo parli di una scindibilità dell'eredità paterna dalla pupillare, attuabile semplicemente perchè si tratti d'un sostituito all'impubere diseredato, o almeno astenutosi dall'eredità paterna, nel senso già determinato naturalmente fin da Giuliano, nel passo *D.* 29, 2, 41, non ci sembra occorra preoccuparsi troppo, per confutarla. Nè di diseredazione, nè d'astensione il testo reca indizio, neppure indiretto; non valendo per tale, come pur si volle, l'accenno qui solo al *filius* di *heres patris*, non anche all'*impubes*; dacchè ciò è naturale, pel proposito stesso del giurista di rilevare essenzialmente la posizione del *filius* istituito e sostituito: la quale porge argomento del passo, mentre vi resta del tutto indifferente quanto vi riguarda la posizione dell'*impubes*. Nè certo, coll'ammettere un tal presupposto, pel quale già la giurisprudenza precedente porgeva con Giuliano una sicura risoluzione, corrispondente all'ordine naturale dei rapporti, e però non certo possibile oggetto di dubbi e dissensi, potrebbe mai spiegarsi l'opportunità, per Papiniano, di ritornarvi ancora di proposito, in un passo delle *quaestiones*; e molto meno potrebbe spiegarsi la forma *existimo*,

[18] Cuiacio, *Observ.*, 18, 8; Chesio, *Differ. iur.*, 15, nell'Eineccio, *Jur. rom. et att.*, II, 660; Cabotius, *Disp.*, II, 22, nel Meermann, *Thes.*, IV, p. 636.

Fra i recenti Pothier, *Pand.*, 29, 2, 81; Mayer, *Erbr.*, p. 119; Vangerow, *Leitfad.*, § 454, p. 183; ma contrariamente nel *Lehrb.*, § 454, II, p. 183, e nell'*Arch. f. civ. Prax.*, XXXVII, p. 341.

[19] Goveanus, *op. cit.*, p. 105.

[20] Warnkönig, nella *Zeitschr.* di Rosshrt, II, 7; Löhr, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, XXII, p. 333-5; Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F. VII, p. 78-9; Baron, *op. cit.*, p. 520-5; Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIII, p. 189-92; Wendt, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LV, p. 279; Vering, *Erbr.*, p. 352; Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LVIII, p. 119-20.

ch'egli vi usa (come enunciandovi una sua opinione personale), invece che alcuna di quelle altre, con cui suole esprimere principii già universalmente accolti e risaputi, quali *convenit*, *receptum est*, *vulgo traditum est*, e simili. Il che meriterebbe pur sempre d'essere avvertito, qualunque fosse il giurista autore del frammento; ma diviene poi argomento, anche per sè, molto significante, quando il giurista è Papiniano, eccellente anche nella più fine accuratezza e precisione delle forme.

§ 19. Il presupposto del passo sembra pertanto potersi determinare in questo: che un padre abbia istituiti eredi i suoi due figli, l'uno pubere, e l'altro impubere, e abbia pure sostituito pupillarmente il pubere all'impubere. La questione che ne sorge, e che si presenta al giurista, è se il pubere, istituito e sostituito, possa astenersi dall'eredità paterna ed acquistare pur tuttavia la pupillare: al che Papiniano risponde affermativamente, dichiarando che il pretore debba accordare qui appunto una *separatio bonorum patris*. Cotale *separatio* par certo da intendere, non solamente in riguardo alla porzione dell'eredità paterna, deferita al figlio pubere, istituito e sostituito pupillarmente, e da lui non peranco adita, o perchè egli abbia chiesto e ottenuto un termine a deliberare, non ancora spirato, o altrimenti, perchè l'istituzione sia condizionata; ma sì da intendere anche rispetto alla porzione della stessa eredità, deferita all'impubere; per guisa, che abbia a tenersi ben distinto tutto quanto provenga dall'eredità paterna (tanto se devoluto ad esso figlio pubere, come anche se devoluto all'impubere), da ciò che è parte della propria eredità dell'impubere, e non deriva dal padre. Dacchè è questo appunto il pensiero sostanziale che informa il passo: una scissione assoluta e completa dell'eredità pupillare, dall'eredità paterna e da quanto provenga da essa: scissione, di cui si pronunziano, nell'ultima parte del passo, fin le più decise conseguenze, per quanto spetta, come vedremo altrove di proposito, la prestazione dei legati dovuti dal sostitutio.

Ma or come può codesta scissione assoluta e completa effettuarsi, in ispecie per quanto spetta alla porzione dell'eredita paterna deferita all'impubere? S'oppone peranco a codesta scissione l'adizione, che abbia operata l'impubere della quota deferitagli dall'eredità paterna, per guisa che questa sia già entrata a formare un tutt'uno col patrimonio proprio dell'impubere, così da costituire parte integrante dell'eredità pupillare deferita al fratello pubere sostituito pupillarmente, nel senso del passo di Ulpiano, *D.* 28, 6, 10, 2. 3? A noi davvero non parrebbe. E però non pensiamo che alcuna espressione diretta nè indiretta del passo costringa a ricorrere ad una *restitutio in integrum*, contro un'immissione dell'impubere nella quota di eredità paterna deferitagli, *restitutio*, che non ci è rilevata da alcuna traccia, e che dunque non siamo indotti a presupporre avvenuta.

Riteniamo pertanto che il passo sia da intendere semplicemente nel senso che neppure l'impubere istituito avesse peranco adita l'eredità paterna, e però che l'eredità dell'impubere, deferita *ex substitutione* al fratello pubere, si trovasse ad essere ancor libera da quella. E con ciò veniam pure a dire che la decisione papinianea ci pare consistesse solo nell'ammettere il sostituito ad esercitare, rispetto all'eredita paterna, anche per la parte deferita al fratello impubere, il *jus abstinendi*, del quale questi avrebbe potuto valersi; ciò analogamente a quanto, pel *suus*, dichiarava il noto passo di Paolo, *1 Sab.*, *D.* 29, 2, 7, 1, e confermava poi una costituzione giustinianea, *C.* 6, 30, 19: ottenendosi per tal guisa la scissione completa dell'eredità paterna, e di quanto da essa pervenne, dall'eredità pupillare, come tale; e pronunziandosi qui, più decisa e completa, la possibilità del distacco dell'eredità paterna dalla pupillare, di quello che non fosse prima in Marcello, e, dietro lui, in Ulpiano.

§. 20. Tornando a Marcello e Ulpiano, dopo l'esame di codesta più completa e generale pronunzia papinianea, concepita nel me-

desimo loro senso, solo una cosa rimane ad avvertire: che serve a completare, e insieme a confermare, la nostra esegesi del passo *D.* 29, 2, 40. E, cioè, che, dopo Marcello, e più dopo Papiniano, l'inscindibilità delle due eredità paterna e pupillare, venuta meno come regola, potè, fuori che nel caso ridetto, in cui non fosse possibile ovviare alla *destitutio* o alla materiale inefficacia del testamento paterno, esser pronunziata eccezionalmente dalla medesima volontà del testatore, e come condizione imposta al sostituito pupillare di adire, colla pupillare, l'eredità sua propria (*si mihi heres erit*, o *quisquis mihi ex supra scriptis heres erit*). E così si trova ammessa cotale inscindibilità, come voluta dal padre testatore, appo Ulpiano, che aveva dichiarato con Marcello valere, del resto, quale regola la scindibilità, eccetto solo il caso, in cui il sostituito pupillare sia istituito *ex asse* dal padre. Chè anzi Ulpiano reca esempio di una disposizione paterna, che prescrive codesta inscindibilità, come appunto esempio tipico di una disposizione condizionata.

Ulp., *4 Sab.*, *D.* 28, 6, 8 fr.: Qui liberis impuberibus substituit, aut pure aut sub condicione solet substituere pure sic " si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius heres esto „: sive Seius iste heres institutus sit et impuberi substitutus, nullam habet condicionem, sive solum substitutus. sub condicione autem institutum si substituat, id est " si mihi heres erit „, non alias existet heres ex substitutione, nisi et ex institutione heres fuerit. cui similis est et haec substitutio " quisquis mihi ex supra scriptis heres erit „; habet enim in se eandem condicionem similem superiori.

Esempio, che identicamente, nella seconda parte del passo giulianeo, che a noi parve di dovere attribuire ad una nota di Marcello, ritorna, come di inscindibilità eccezionale delle due eredità paterna e pupillare, voluta dal padre testatore [21]: ciò che in codesto passo

[21] Il Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIX, p. 178, dalla possibilità di codesta condizione, che impone, solo eccezionalmente, l'inscindibilità delle eredità paterna e pupillare, trae in generale la regola della scindibilità; come vigente in ogni caso, in cui non intervenga codesta eccezionale disposizione. Naturalmente a codesta conclusione egli perviene, non tenendo alcun conto del presentarsi, solo con Ulpiano, e secondo noi prima con Marcello, di codesta disposizione testamentaria, che impone l'inscindibilità.

riuscirebbe invece inconciliabile col concetto di Giuliano, quale è riferito da Ulpiano, che pronunzia l'inscindibilità, come regola, e pur fuori di qualsivoglia disposizione paterna. E però anche di qui par sorgere conforto, non meno grave e concludente che dai punti pur dianzi toccati, dell'attribuibilità a Marcello di codesta seconda parte del passo [22].

[22] La regola della scindibilità delle due eredità paterna e pupillare prevalse nel diritto comune: Fusari, *De subst., quaest.* 150, p. 196: " *Quaero an substitutus pupillariter possit repudiare hereditatem paternam et adire pupillarem, et quod possit probatur* „.

CAPITOLO II.

Gli effetti che, pel sostituito pupillarmente all'impubere istituito dal padre, esplica la liberazione, conseguita dall'impubere, dall'eredità paterna, quale deferitagli testamentariamente.

§ 1. Lasciando ora di considerare i rapporti, che corrono tra la sostituzione pupillare e l'istituzione nell'eredità paterna, quando una medesima persona sia onorata d'entrambe, e in ispecie circa la scindibilità o l'inscindibilità di esse, passiamo a vedere i rapporti della sostituzione pupillare cogli istituti di diritto pretorio, in forza dei quali l'impubere, a cui il padre nominava un sostituito, divenga libero dall'eredità paterna, quale deferitagli testamentariamente, e gli effetti che tale liberazione esplica pel sostituito pupillare.

Quando il sostituito pupillare, pur non trovandosi in alcun rapporto coll'eredità paterna, quale istituitovi, è chiamato all'eredità di un impubere, che invece fu istituito in quella, o *ex asse* o *pro parte*, ed ha veramente adito, di tal guisa che l'eredità paterna sia entrata a far parte indissolubilmente del suo patrimonio, è manifesto, diciamo, che quel sostituito non possa acquistare distintamente o l'eredità paterna, deferita all'impubere e già adita, o il patrimonio proprio di costui: perchè non può, in altre parole, scindere un'*hereditas*, che è già *una*, e *iuncta*. Di ciò parla con molta evidenza un passo d'Ulpiano:

Ulp., *4 Sab.*, *D.* 28, 6, 10, §§ 2. 3. § 2. Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: exstitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest,

sed aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse. § 3. Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum [1].

È ben vero che, nel § 3 di cotesto passo d'Ulpiano, si volle ravvisare espressa piuttosto la regola che il repudio d'una porzione dell'eredita paterna abbia per conseguenza la perdita dei diritti *ex substitutione* [2]. Ma ciò, per quanto si disse nel capitolo precedente, se poteva esser vero secondo Giuliano, non lo era più, nè poteva esserlo, secondo Ulpiano, autore del passo.

E, oltre a tale riflesso sostanziale, sta contro codesta deviante interpretazione l'*idemque est*, con cui la regola espressa nel § 3 si trova collegata col precedente paragrafo; nel quale, in guisa manifesta, è pronunciata la inscindibilità della eredità paterna dal patrimonio pupillare, una volta ch'essa fu adita dall'impubere istituito *ex asse* ed entrò a far parte del patrimonio di questo (*iuncta hereditas coepit esse*); avendosi in codesto § 3, successivo, considerato il caso, in cui nel patrimonio pupillare fosse entrata solo una parte dell'eredità paterna; mentre altra parte di questa fosse stata deferita e acquistata allo stesso sostituito pupillarmente.

§ 2. Ma se, viceversa, il sostituito, anzichè ad un impubere istituito dal padre, sia chiamato a succedere all'impubere, che il padre ha diseredato, cioè ha espressamente posto fuori, e con forza di diritto civile, dalla sua propria eredità, è chiaro che il sostituito si trova, come lo stesso impubere a cui succede, libero da ogni vincolo, anche mediato, coll'eredità paterna; per guisa che persino,

[1] Chesio, *Diff. iur.*, II, 15, nell'Eineccio, *Jur. rom. et att.*, II, 659; Baron, *op. cit.*, p. 507; Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIX, p. 20-1; Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, LIII, p. 51-2.

[2] Vangerow, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, XXXVII, p. 329.

come già si vide, quando concorresse in lui, oltre che la chiamata alla sostituzione pupillare, la chiamata all'eredità paterna, quale istituitovi, egli potrebbe adire separatamente la sola eredità dell'impubere diseredato, rifiutando l'eredità paterna: e ciò anche quando codesto istituito dal padre e sostituito pupillarmente al diseredato, fosse un *suus* (*Giul.*, *D.* 29, 2, 41).

Su questo non v'hanno, nè sarebbero possibili, divergenze di opinioni.

§ 3. Le divergenze s'hanno bensì presso i giuristi romani, e l'eco se ne ripercuote viva ed assidua, circa gli effetti che ha a produrre pel sostituito la liberazione dell'impubere dall'eredità paterna, non dipendente dalla volontà del padre, che si esplicava nell'*exhaeredatio*, ma bensì conseguita dalla stessa volontà dell'impubere, protetta dal pretorio *beneficium abstinendi*. Che dall'esercizio di tale diritto per parte dell'impubere non resulti infirmata la sostituzione pupillare, non si dubitò mai tra i giuristi romani. Bensì si dubitò se esso, come non toccava per nulla la validità civile del testamento, nè però, con questo, la validità della sostituzione pupillare, altrettanto avesse a rimanere senz'influenza rispetto al rapporto, in cui il sostituito pupillare dell'impubere istituito ed astenutosi si trovava di fronte all'eredità paterna, e in ispecie se costui avesse ad intendersi liberato dall'obbligo di pagare i debiti gravanti sopra di quella, o di prestare i legati ordinati da essa, così come da tale obbligo era certamente, per effetto dell'*abstentio*, liberato l'impubere.

Sopra cotali dubbi e dissensi si hanno nelle pandette due testi, l'uno di Giavoleno, *1 epist.*, *D.* 42, 5, 28, l'altro d'Ulpiano, *4 disp.*, *D.* 29, 2, 42 pr., assai noti entrambi, quanto variamente discussi e segnatamente notevole e prezioso è quest'ultimo, che adduce un passo dei *digesta* giulianei, e all'opinione espressavi, altra ne contrappone di Marcello, dissenziente anche qui da Giuliano.

§ 4. E appunto da codesto passo d'Ulpiano vogliamo prender le mosse:

ULP., *4 disp. D.* 29, 2, 42 pr. Julianus libro vicesimo sexto digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres exstitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit: inclinat enim in hoc, *ut putet substitutum etiam patris onera subiturum.* quae sententia a Marcello recte notata est; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem: metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. alioquin, inquit, et si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem et quidem impune: nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. sed quod in fratre scripsit, credo ita intellegendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris: caeterum utique, si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet.

Il tratto del libro 26 dei *digesta* giulianei, che vi si trova riferito in principio, si pone a stabilire che, in generale, l'erede del *suus* impubere, che s'astenne dall'eredità paterna deferitagli, debba ritenersi liberato dall'obbligo di prestare i debiti gravanti sopra questa, alla stessa guisa che se ne intendeva liberato l'impubere, a cui succede. A proposito della qual regola, che a tutta prima parrebbe, già per sè, tanto ovvia, da non meritar quasi d'essere notata di proposito, due cose è opportuno tener presenti, quali cagione di qualche dubbio sopra di essa, e idonea giustificazione della dichiarazione fattane espressamente. Vogliam dire la natura strettamente personale del *ius abstinendi*, e la qualità di erede intestato dell'impubere, di cui di necessità vi si tien conto; qualità in tale erede di *suus*, oltre che dell'impubere, del padre.

La regola, pur così affermata da Giuliano per l'erede dell'impubere anche *suus* del padre, ha tuttavia, secondo lui, una capitale eccezione, nel caso in cui all'eredità dell'impubere sia chiamato, anzichè un erede legittimo, un sostituitogli pupillarmente dal padre stesso. Chè in tal caso, scrive Giuliano, pel sostituito pupillarmente, l'*abstentio*, fatta valere dall'impubere, rimarrebbe senza effetto, do-

vendosi costui tener responsabile anche degli oneri gravanti sopra la eredità paterna, ch'egli trovasi in necessità d'acquistare, insieme con la pupillare (*inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum*).

Prosegue Ulpiano, dopo addotta cotal sentenza di Giuliano, riferendo come, in ispecie intorno a codesta eccezione, dissenta Marcello; dacchè questi anche nel caso, in cui all'eredità dell'impubere sia chiamato dal padre un sostituito pupillare, vuole applicata la regola dell'efficacia per quel sostituito, come per ogni altro erede dell'impubere, dell'*abstentio*, fatta valere da esso rispetto all'eredità paterna. E giustifica il suo dissenso, con una considerazione informata a personali riguardi di favore per l'impubere, che altrimenti, data l'eccezione voluta da Giuliano, si troverebbe a mancare d'eredi, i quali rifiuterebbero anche la sua eredità, pur di non incorrere negli oneri inerenti all'inseparata eredità paterna (*metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit*). O, in altri termini, afferma Marcello un riguardo tutto personale all'impubere per sè, e un distacco della personalità sua da quella del padre; ancora in manifesto contrapposto col concetto, al quale, pronunziando quella eccezione, doveva informarsi Giuliano: contrapposto, che ci basta qui rilevare, senza che occorra lo spendervi ora lungo discorso, che tornerà invece meglio opportuno in altra parte di queste nostre ricerche [3].

§ 5. A ben valutare il concetto, a cui s'informa, nel passo testè discorso, l'eccezione pronunziata da Giuliano, e il contrapposto in cui esso sta con quello di Marcello, gioverà l'altro passo di Giavoleno, nel quale più diffusamente, e con una più piena e particolare

[3] Il contrapposto è rilevato o diversamente valutato dai vari scrittori, che s'occuparono di questo punto. Cfr. Gordan, *op. cit.*, p. 6; Munzinger, *op. cit.*, p. 14; Löhr, *op. cit.*, nell'*Arch. f. cio. Prac.*, XXII, p. 329; Vangerow, *op. cit.*, nell'*Arch.* cit., XXXVII, p. 358; Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VII, p. 99-104; Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch.* cit, LVIII, p. 402 e seg.; Keller, *Inst.*, § 288, 7; Id., *Pand.*, § 488.

considerazione d'un analogo presupposto di fatto, si pronunzia la stessa inefficacia pel sostituito pupillare dell'*abstentio* dall'eredità paterna, fatta valere dall'impubere.

GIAVOLENO, *1 epist.*, *D.* 42, 5, 28: Pater familias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit. quaero, cum praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, cum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos in bona pertinent, nihil adquirat et cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint eorumque nihil interfuerit, adiretur necne pupilli hereditas, cum ea bona omissa a substituto hereditate ad creditores non pertinebant. me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum. respondit: quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat, idem in substituto filio herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam eius bona veneant, itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventicio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur: et quemadmodum liberum ei non est obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit: quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat. quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris neque in bonis patris est quod pupillus adquisiit.

Astenutosi l'impubere dall'eredità paterna, i creditori di essa fecero procedere alla vendita dei *bona* compresivi: dopo di che l'*hereditas*, spoglia di *bona*, ma comprendente, come par da intendere, rapporti d'indole familiare e sacrale, perviene *(obvenit)* all'impubere, altrimenti senza *bona*.

Chiede ora il postulante: poichè certo l'impubere, per quanto gli pervenga l'eredità paterna, così libera di *bona*, non sarebbe tenuto verso i creditori paterni tuttora insoddisfatti, avendo fatto valere, rispetto a quella, il *ius abstinendi*, dovrà analogamente tenersi libero verso di essi anche il sostituito dell'impubere, quando neppure a lui nulla di patrimonio sia toccato, proveniente dall'eredità

paterna; e quando, per sè, l'impubere, a cui succedeva, non era legato da alcun proprio vincolo verso quei creditori? Ciò che a quel postulante fa impressione, e lo sforza al dubbio, si è che il sostituito sia chiamato, in forza di quell'unica esplicazione di volontà testamentaria, colla quale il padre chiamava l'impubere erede a sè medesimo (*Me illud maxime movet. . . unum esse testamentum*). Giavoleno risponde, rilevando come il benefizio, dato all'impubere astenutosi, di non rispondere, col patrimonio proprio, pei debiti della eredità paterna, sia di natura affatto eccezionale e personale a questo, e determinato da favore all' impubere stesso, perchè egli possa lasciare incogliere dallo smacco del concorso dei creditori, piuttosto l'eredità paterna che il patrimonio suo proprio; e i *bona*, che si trovano appunto nel patrimonio suo proprio, hanno origine del tutto estranea all'eredità paterna, dal momento che questa non è pervenuta ad esso impubere, che spoglia di *bona (id ex adventitio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit).*

Ora il sostituito, prosegue Giavoleno, non può partecipare a codesto privilegio personale per l'impubere; mentre egli, coll'eredità dell'impubere, e coi *bona* che vi esistono, da fonte diversa dell'eredità paterna, riceve anche questa eredità paterna, entrata a far parte inscindibile del patrimonio pupillare (*cum substitutus filio hereditatem adiit, tunc hereditas et patris et filii una est);* e però egli è tenuto ugualmente per l'*aes alienum*, gravi sopra l'uno o sopra l'altro dei due elementi costitutivi dell'eredità pupillare, e cioè l'eredità paterna spoglia di *bona* pervenuta all'impubere, e i *bona*, altrimenti entrati nel patrimonio di questo.

Ed ecco come Giavoleno s'informi ad un concetto proprio identico a quello, a cui s'informa ancora Giuliano, e a cui contrastano poi, invece, Marcello ed Ulpiano, considerando egli il sostituito come chiamato all'eredità e del padre e dell' impubere insieme, senza che, per liberarsi da ogni rapporto coll'eredità del padre, valgano i mezzi, dei quali poteva invece valersi lo stesso impubere.

Ogni sforzo, inteso a rimuovere dal passo di Giavoleno codesto senso, e a conciliarlo col passo d'Ulpiano, e proprio coll'opinione professata da quest'ultimo, non approda ad alcun probabile risultato. È vano mezzo di scampo, per vero, il sopprimere a tal fine il *non* nella frase « *idem in substituto filio herede servandum* NON *est* » [4], perchè è appunto quel *non* che dà ragione di essere a tutta l'argomentazione che tien dietro, senza contare che appunto così rendono il passo i Basilici IX, 7, 27 [5].

Nemmeno è serio il pensare alle parole *postquam pupillus paternae se miscuerit hereditati*, come a base per togliere l'antinomia fra i due passi, intendendo che fra la posizione dell'impubere e quella del sostituito v'abbia notevole differenza, in quanto solo l'impubere, non anche il sostituito possa valersi del *jus abstinendi;* e però se l'impubere, per non essersi valso di quel diritto, si sia immischiato nell'eredità paterna, il sostituito debba, o ricevere entrambe le eredità del padre e dell'impubere, o rifiutarle entrambe [6]. Col che, si dice, Giavoleno non si pronunzierebbe direttamente sopra la questione che precede, ma verrebbe solo a dire, indirettamente, di professare opinione analoga a quella di Marcello e d'Ulpiano. Invero, per codesta interpretazione, riesce spostato ogni nesso fra la questione proposta al giurista con indiscutibile evidenza, e la risposta, che si vuole proferita da esso. La questione non è già se il sostituito possa in genere astenersi dall'eredità paterna, chè troppo evidente sarebbe la semplice risposta negativa; ma bensì se l'*abstentio* fatta valere dall'impubere produca anche pel sostituito la liberazione dai debiti paterni. E tal questione è risolta appunto negativamente, adducendosene i motivi, che abbiamo seguìti testè, dai quali resulta come, nella seconda parte del passo, appunto quell'in-

[4] LÖHR, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, XXII, p. 328-30; VANGEROW, *Lehrb.*, § 454, II, p. 185.

[5] Così MÜHLENBRUCH, *Fortz. der* GLÜCK'S *Pand.*, XL, p. 419 e seg.

[6] LÖHR, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, XXII, p. 331-3; VANGEROW, *Lehrb.*, § 454, II, p. 185.

ciso, che si vuol prendere a base dell'errata interpretazione ora accennata, altro non sia che un inutile glossema, che sta al tutto fuori del senso e del logico procedimento del passo.

§ 6. Non fu tuttavia codesto concetto di Giavoleno, proseguito di poi da Giuliano, quello che valse, quale praticamente efficace nell'ultimo diritto; ma fu invece il concetto di Marcello e d'Ulpiano, secondo cui si estende al sostituito pupillarmente il beneficio dato all'impubere, di staccarsi, per effetto dell'*abstentio*, dall'eredità paterna, e però il sostituito va considerato piuttosto quale erede solo dell'impubere.

Lo dimostra l'accoglimento del passo d'Ulpiano, appunto nel titolo delle pandette *de adquir. vel omitt. hereditate*, in cui tornava a proposito il discorso di questo argomento. Il passo di Giavoleno invece, sotto il titolo di *rebus auctoritate iudicis possidendis*, è affatto fuor di luogo; e codesto medesimo fatto, connesso colla sua provata inconciliabilità col passo ulpianeo, porge conforto validissimo a ritenere ch'esso debba la sua presenza nelle pandette ad una mera svista dei compilatori [7]; svista, che riesce tanto più facilmente spiegabile, in quanto i due passi fin qui discorsi appartengono a due masse diverse, e proprio alla edittale il passo ulpianeo, e alla sabiniana l'altro di Giavoleno.

§ 7. Passiamo ora a vedere di un altro punto, molto connesso a quello discorso fin qui, circa gli effetti, che la liberazione dell'impubere dall'eredità paterna, quale deferitagli testamentariamente, esplica pel suo sostituito. Vogliamo cioè considerare il caso, in cui l'impubere si trovi libero dall'eredità paterna, in quanto deferitagli per testamento, perchè, per iniziativa sua propria o d'altro *suus*, egli abbia conseguita sopra l'eredità paterna la *bonorum pos-*

[7] Ad una svista dei compilatori attribuisce pure l'accoglimento nelle pandette del passo di Giavoleno il VANGEROW, *L. hrb.*, § 454, p. 185.

sessio contra tabulas, e vedere se, essendo ordinati nel testamento legati a carico dell'impubere, il sostituito pupillare debba prestare solo quelli a favore di *exceptae personae*, come solo quelli doveva l'impubere: e però si estenda a lui il benefizio che la *bonorum possessio* aveva recato all'impubere, coll'esonero dei legati a *personae non exceptae;* o invece il sostituito debba prestare tutti quei legati anche a *personae non exceptae*, come tutti doveva senza dubbio, entro i limiti della Falcidia, quelli imposti a lui, quale sostituito. I tre passi, che più direttamente toccano codesta questione, furono oggetto di dispute vive e varie, che noi seguiremo, in quanto possa trarsene luce, per l'oggetto del nostro tema.

§ 8. Uno di questi passi, d'Ulpiano, sembra tuttavia esprimere, almeno pel tempo di questo giurista, in guisa molto chiara, la regola vigente in proposito, circa la misura dell'obbligo del sostituito pupillarmente di prestare i legati imposti all'impubere a cui succede, o imposti a lui stesso, *ex substitutione.*

Ulp., *40 ed.*, D. 37, 5, 5 pr. Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit: deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem: legata sunt etiam a substituto impuberis relicta non tantum liberis et parentibus, verum etiam extraneis: quaeritur, an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare? et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt: sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae, scilicet ut partis dimidiae, quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, id est totius assis sescunciam retineat.

Quando, pertanto, secondo codesto passo, il figlio impubere istituito dal padre, e a cui nel testamento il padre ha nominato un sostituito pupillare, non adisce testamentariamente l'eredità paterna, ma riceve la *bonorum possessio contra tabulas* di questa, è agevole determinare le obbligazioni, che, circa la prestazione dei legati disposti dal testatore, incombono al sostituto pupillarmente; il quale, morto l'impubere, viene a ricevere, nell'eredità di costui, l'eredità paterna,

quale gli pervenne, non già per la chiamata testamentaria, ma bensì per la conseguita *bonorum possessio*. Il sostituito, deve, cioè, prestare tutti i legati imposti a lui come tale, entro il limite della Falcidia; mentre, pei legati imposti all'impubere, egli si trova nella medesima posizione, in cui si troverebbe lo stesso impubere, e cioè deve prestare, come dovrebbe costui, solo i legati a favore di *personae exceptae*, non gli altri [8].

La regola è formulata da Ulpiano, senz'accenno a dubbi o a dissensi, che l'accoglimento di essa ingenerasse tra i giuristi del tempo suo; e affatto generalmente, senza cioè valutar di proposito che la *bonorum possessio* abbia, nel caso da lui contemplato, prodotto per l'impubere, e mediatamente pel suo sostituito, la diminuzione di metà dell'asse, in cui era istituito; e però senza fermarsi a rilevare la diversa misura dell'ammontar dei legati da prestarsi, secondo che la *bonorum possessio* abbia recato un aumento o una diminuzione, in confronto della quota d'istituzione: solo bensì considerando implicitamente la diminuzione, col commisurare la Falcidia, anzichè sopra l'asse d'istituzione, sopra la metà toccata all'impubere, in seguito alla effettuatasi *bonorum possessio*.

[8] Tale interpretazione recano del passo d'Ulpiano, fra coloro ch'ebbero ad occuparsene con maggior larghezza: Leist, *Bonor. poss.*, § 93, II, p. 187-8; Baron, *op. cit.*, p. 485-8; e Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, LVIII, p. 397.

Diversamente intende l'Huschke, volendo connettere questo passo agli altri due d'Africano e di Scevola. Ma par strano che l'Huschke, per esimersi dal dare al passo l'interpretazione, che noi ne abbiamo recata, e che ne recano pure, con altri, gli scrittori testè enumerati, s'appigli al partito di disconoscere la chiarezza dell'espressione ulpianaea nel passo in discorso. L'H., invero, protesta che, se Ulpiano avesse avuto in animo veramente di dichiarare il sostitituito pupillare tenuto a prestare, fra i legati imposti all'impubere, soltanto quelli a favore d'*exceptae personae*, e a prestare invece tutti quelli imposti a lui medesimo, avrebbe detto: " Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque, sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet „; Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VII, pag. 66.

Ma, o c'inganniamo, o proprio l'espressione usata da Ulpiano, nel nostro testo, non cede in chiarezza, a codesta che l'H. vorrebbe preferire!

§ 9. La considerazione apposita dell'aumento o della diminuzione, recata dalla *bonorum possessio*, rispetto alla porzione d'istituzione e del corrispondente aumentarsi o diminuirsi della misura dei legati dovuti dal sostituito, forma invece oggetto degli altri due passi, relativi a questo punto:

Afric., *5 quaest.*, *D.* 28, 6, 35. Etsi contra tabulas patris petita sit a pupillo bonorum possessio, in substitutum tamen ejus actionem legati dandam esse, ita, ut augeantur praeter ea quod filius extraneis non debuerit. sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum possessionem plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet. his conseques esse existimo, ut, si impubes ex asse heres scriptus sit et per bonorum possessionem semis ei ablatus sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur, ut, quemadmodum portio, quae per bonorum possessionem accesserit, auget legata, ita et hic quae abscesserit minuat.

Scaevola, *lib. sing. quaest. publ. tract.*, *D.* 32, 103 §§ 2-3. § 2. Si filius ex uncia heres institutus sit et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem: substitutus eius utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse? et verius est, ex semisse sed ex uncia omnibus ex reliquis liberis et parentibus.

§ 3. Contra quoque si ex dodrante institutus commisso edicto semissem acceperit bonorum possessionem, ex semisse tantum legata substitus debebit: quo modo enim augentur ubi amplius est in bonorum possessione, sic et ubi minus est, deducitur.

Segnatamente esplicite e concordi sono le due regole, colle quali entrambi i passi si chiudono: — *ut quemadmodum portio, quae per bonorum possessionem accesserit auget legata, ita et hic quae abscesserit minuat*, e, *quomodo augentur* (legata) *ubi amplius est in bonorum possessione, sic et ubi minus est, deducitur.*

E, come in codeste due regole, altrettanto i passi si corrispondono per tutto il procedimento, con cui vi si perviene alla determinazione di esse. Solo il passo d'Africano è più complesso, ne' suoi elementi, che quello di Scevola, benchè il concetto, che tutto lo informa, sia il medesimo espresso nella regola di conclusione. Vi è invero avvertito, ciò che in Scevola non è, come l'aumento re-

cato dalla *bonor. possessio* valga ad aumentare la misura dei legati imposti all'impubere, e ch'egli deve prestare a favore di *exceptae personae*, così come esso vale ad aumentare la misura dei legati, che il sostituito deve prestare, come imposti a lui *ex substitutione*. E, oltre a ciò, l'aumento, che pel sostituito deriva, nell'eredità pupillare deferitagli, per cagione della *bonorum possessio* effettuatasi per l'impubere, e al quale corrisponde un aumento nella misura dei legati, ch'egli si trova obbligato a prestare, non vi è considerato solo direttamente, e cioè solo nel fatto immediato dell'entità di beni, che la *bonorum possessio* arrecò nel patrimonio pupillare dall'eredità paterna, maggiore di quella che vi sarebbe entrata, per la chiamata nella quota testamentaria; ma bensì vi è considerato anche indirettamente, e proprio in quanto la *bonorum possessio* abbia importato per l'impubere, a cui il sostituito succede, un esonero dal prestare legati impostigli dal padre, a favore di *personae non exceptae*, il cui ammontare è rimasto così nel patrimonio pupillare, e in tal senso ne costituisce, pel sostituito, un indiretto aumento. Con tal valore par certo doversi intendere l'espressione, che si ha nel principio del testo: *ita ut augeantur* (i legati imposti al sostituito) *praeter ea quod filius extraneis non debuerit;* così connessa dunque al tema, sú cui tutto il passo s'incardina, appunto della misura dei legati da prestarsi dal sostituito pupillare, e a lui imposti, misura, che sta dunque in corrispondenza con ogni aumento diretto o indiretto, derivato, per cagione della *bonorum possessio*, nell'eredità pupillare deferita al sostituito.

Il passo di Scevola s'aggira sopra la considerazione di una particolare fattispecie, proposta al giurista. Dato che un figlio impubere sia istituito dal padre per un dodicesimo e gli siano imposti dei legati; poi, in forza dell'effettuatasi *bonorum possessio contra tabulas, commisso edicto* per iniziativa d'altro figlio preterito, gli tocchi metà dell'eredità paterna, dovrà il suo sostituito prestare legati sulla misura del dodicesimo d'istituzione, o della metà? Risponde

Scevola: dovrà in misura di una metà: « *substitutus eius utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse? et verius est ex semisse.* » E se, omettendo per un istante le parole che seguono, *sed ex uncia omnibus ex reliquis* (e cioè le parole che stanno tra *semisse* e *liberis et parentibus*, colle quali si chiude il § 2), passiamo a considerare tosto il § 3 successivo, troviamo in questo raffigurato il caso opposto di un istituito per un *dodraus*, ch'ebbe ridotta, per cagione della *bonor. possessio*, la sua porzione ereditaria ad una metà, e pronunziata per tal caso la necessità di commisurare corrispondentemente solo sopra la metà l'obbligo del sostituito di prestare i legati. Il passo di Scevola pertanto considera pure l'obbligo del sostituito a prestare i legati in maggiore o minor misura, secondo che la *bonorum possessio* ha recato all'impubere, in rapporto colla quota d'istituzione, un aumento o una diminuzione: e solo, a differenza da quello di Africano, considera codest'obbligo, non in riguardo a tutti i legati che il sostituito possa trovarsi di dover prestare, ma bensì solo in riguardo dei legati imposti all'impubere, e che il sostituito presta come suo erede.

§ 10. Ma ora appunto, in codesto passo di Scevola, l'obbligo del sostituito di prestare cotali legati, imposti all'impubere, in quella misura più ampia o più ristretta, che sia determinata dall'aumento o dalla diminuzione che la *bonor. possessio* ha arrecato al patrimonio pupillare, è ad intendersi solo in riguardo dei legati dovuti a favore di *exceptae personae*, come per questi soli sarebbe da intendersi, qualora avesse a prestarli lo stesso impubere, o invece va inteso, qualunque sia la persona, a cui favore il legato era ordinato, e sia questa, rispetto all'impubere, *excepta* o *non excepta?* O insomma nel passo di Scevola si ha una mera applicazione (per ciò che attiensi all'estendimento, a favore del sostituito, dello stesso esonero dai legati a *personae non exceptae*, di cui godeva l'impubere istituito) della regola che troviam pronunziata nel passo d'Ulpiano,

o invece si ha l'espressione di una regola contraria, che nega al sostituito il beneficio di quell'esonero, dichiarandolo tenuto a prestare, nella misura della porzione ampliata o diminuita dalla *bonor. possessio*, tutti i legati imposti all'impubere? La risoluzione di questo quesito è tutta riposta nella valutazione da darsi alle parole, che noi abbiamo omesse testè, alla fine del § 2, e che dobbiamo ora riprendere. La risoluzione di Scevola, quale noi la troviamo testualmente nel passo in discorso, e con quelle parole che omettemmo dianzi, suona così: — *substitutus eius utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse? et verius est ex semisse* [sed ex uncia omnibus ex reliquis] *liberis et parentibus.*

E appunto al passo, quale ora l'abbiamo trascritto, fu dato questo valore che il sostituito debba, secondo Scevola, prestar tutti i legati imposti all'impubere, siano pur questi anche a favore di *personae non exceptae;* ma tuttavia solo dall'*uncia* d'istituzione, mentre gli altri cinque dodicesimi, accresciutisi a quest'*uncia*, a costituire la metà, a cui ammonta la porzione, pervenuta all'impubere in forza della *bonor. possessio*, rimangono riservati solo alle *personae exceptae*, talchè ad esse, ma ad esse sole, abbiansi a prestare da quelli i legati disposti in loro favore [9]. Della qual regola che in siffatta

[9] Così intendeva già la Glossa, e intendono: Fabro, *Coniect.*, 5, I, p. 117-9; Goveano, *ad l. 35 de vulg. et pup. subst.*, nelle *Opera*, p. 120; De Retes, *Opusc. lib.* 3, nel Meermann, *Thes.*, VI, p. 177 e seg.; Vangerow, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civ. Prax.*, XXXVI, p. 272; Leist, *Bon. poss.*, § 93, II, p. 188-91; Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VII, p. 67-74; Baron, *op. cit.*, p. 479-81; Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch. cit.*, LIII, p. 225-6; Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch. cit.*, LVIII, pagine 398-9.

Ma assai diverse sono le opinioni presentate da codesti scrittori per spiegare una tale pronunzia di Scevola. Il Fabro e il Vangerow spiegano l'obbligo del sostituito di prestare i legati anche ad *extranei*, coll'*aequi as*, avendo qui il sostituito acquistato, per cagione della *bon. possessio*, una porzione maggiore di eredità paterna, di quella che non avrebbe acquistato colla quota d'istituzione. Il Baron e lo Schlayer spiegano la contraddizione di questo passo di Scevola e di quello d'Africano rispetto all'altro d'Ulpiano, storicamente, pel procedimento del concetto avvertito nel testo. Il Leist ravvisa nel passo di Scevola l'espressione di una opinione forse individuale di questo giurista, determinata da un senso di esagerato riguardo di favore al testamento e alla conservazione dei legati. L'Huschke, prendendo a base il passo

guisa volle dedursi dal passo di Scevola, si ricercò altra affermazione, *a contrario*, nell'inciso del passo d'Africano — *ita ut augeantur* (i legati imposti al sostituito a favore d'estranei) *praeter ea quod filius extraneis non debuerit* — spiegandosi l'aumento, che qui si accenna derivarne al patrimonio pupillare, col concetto che quei legati, fino al raggiungimento dell'età pubere dell'oneratone, o al verificarsi della sua morte, e della subordinatane sostituzione, si trovino in una *causa pendens*, e però i frutti ne rimangano in in quel patrimonio [10].

Di tal guisa, ammessa codesta interpretazione, Scevola ed Africano verrebbero a trovarsi d'accordo, nel negare al sostituito pupillare, pei legati imposti all'impubere, l'esonero dal prestarli, se a vantaggio d'estranei, e starebbero in reciso contrapposto verso Ulpiano: e nel contrapposto si vorrebbe ravvisare una tendenza di quest'ultimo giurista ad accordare, a differenza di quei due anteriori, anche al sostituito, privilegi originariamente limitati solo alla persona dell'impubere [11].

§ 11. L'esposizione, che già recammo dei due passi di Africano e di Scevola, ci parrebbe invero emergente da una calma e spassionata interpretazione, e quasi potremmo confidare che non abbisogni

di Scevola, col quale si sforza di conciliare gli altri due d'Africano e d'Ulpiano, vede, nella regola pronunziata in questo passo, una mera applicazione della stessa natura della *bonor. possessio contra tabulas*, osservando che " il pretore rettifica colla *b. p. c. tab.* la volontà del padre solo a favore dei figli, rimanendo del resto la stessa volontà del padre, quale espressa testamentariamente, la base normale della successione: ed è modificata solo in quanto lo esiga il riconoscimento del diritto dei necessari. Così la rimozione dei legati imposti all'impubere, a favore d'estranei, è una conseguenza di quella rettifica di volontà in riguardo esclusivo, personale del figlio, e non già dell'altro erede del padre, il sostituito „.

Sulle opinioni del Goveano e del De Retes, che spiegano il nostro passo, notando che la sostituzione pupillare contiene in sè implicita la condizione *si filius heres erit* e che il sostituito acquisti l'eredità pupillare sotto questa condizione, cfr. il § 11 del testo.

[10] Huschke, *op. cit.* l. cit.

[11] Baron, *op. cit.*, l. cit. Schlayer, *op. cit.*, l. cit.

ora troppo lungo discorso, per ribattere la diversa interpretazione testè accennatane. Invero l'inciso del passo d'Africano, da cui tanto vuol trarsi a favore di quest'ultima, esprime solo, come vedemmo, e come è provato da tutto il nesso e dal procedimento logico del testo, una conseguenza indiretta della *bonor. possessio*, per quanto spetta all'accrescimento della quota d'eredità paterna rimasta nel patrimonio pupillare, e che consiste nell'esonero di cui il sostituito godette dalla prestazione dei legati impostigli a favore di *personae non exceptae;* senza che nulla consenta di trarne, coll'uso dell'argomentazione *a contrario*, questa volta disastrosa, piuttosto che semplicemente pericolosa, che il sostituito, a differenza dell'impubere, fosse obbligato a prestare quei legati. Il passo d'Africano è tutto informato al concetto di corrispondere la misura dell'obbligo del sostituito alla prestazione dei legati, all'entità dell'aumento o della diminuzione, che direttamente o indirettamente derivò, per cagione della *bonor. possessio*, nel patrimonio pupillare; come, in guisa del tutto analoga, cotale aumento è considerato nel passo di Scevola, benchè qui particolarmente solo pei legati imposti all'impubere, i quali, omai non esitiamo a dichiararlo, Scevola vuol prestati, anche dal sostituito, solo a favore di *personae exceptae*, come solo a favore di quelle doveva prestarli l'impubere.

Le parole, che omettemmo già nella nostra interpretazione del passo, e che abbiamo ripigliate testè, *sed ex uncia omnibus, ex reliquis*, sono a ritenersi adunque, come già il Mommsen intravvide, un glossema [12]. Non v'ha per vero altra via di scampo. Chè, anche data

[12] Un glossema intravvide nel nostro passo il Cuiacio, *Observ.*, III, 9, nelle *Opera* VIII, 62, e *ad l. 103* cit., nelle *Opera*, X, 1106, seguìto poi dal Papillon, *op. cit.*, nell'Otto, *Thes.*, IV, 751; Pothier, *Pand.*, 37, 5, 27, e, da ultimo, dallo Pfordten, *op. cit.*, p. 104. Ma il Cuiacio, e dietro a lui, codesti altri scrittori, estendevano il glossema fino a *parentibus*, con cui si chiude il §. Oltre all'ipotesi del glossema il Cuiacio presentava l'ipotesi di un mutamento nel testo — *si filius ex uncia heres institutus sit habeat et substitutum et ab eo legata data sint* — intendendo per tal guisa che il passo si riferisse a legati imposti non all'impubere, ma al sostituito, e da prestarsi da questo, come tale.

buona la spiegazione teoretica, proposta da coloro, che, non accettando l'ipotesi del glossema, chiamano a soccorso un'erronea interpretazione del testo d'Africano, per ravvisare in questo, e nel nostro di Scevola, l'espressione di un'opinione antiquata, che stia in contrapposto con quella d'Ulpiano, codesta spiegazione potrebbe intendersi solo in quanto si volesse dichiarare dovuta dal sostituito la prestazione dei legati anche a *personae non exceptae*, come alle *exceptae*, dalla eredità pupillare, quale deferitagli, dopo effettuatasi la *bonor. possessio* sopra l'eredità del padre, ossia, nel caso nostro, sopra la metà; ma invece non s'intende perchè dovrebbero concorrere *personae exceptae* e *non exceptae* sopra l'*uncia* d'istituzione, e solo *personae exceptae* sopra gli altri $^{5}/_{12}$; come il passo verrebbe a significare, col negarvi l'ipotesi del glossema. Un ingegnoso tentativo di spiegazione, proposto da qualche antico, pone a base il concetto che le sostituzione pupillare contenga in sè implicita la condizione *si filius heres erit:* se il figlio fosse divenuto erede del padre, quale chiamato nel testamento, egli avrebbe dovuto prestare sopra l'*uncia* d'istituzione i legati a tutti: ora appunto il suo sostituito, acquistando *ex substitutione*, deve prestare i legati nelle medesime condizioni, in cui si sarebbe trovato in obbligo di prestarli lo stesso impubere, se avesse adito dal testamento, senza che si fosse data invece la *bonor. possessio c. t.*[13]. Senonchè codesto stesso tentativo ricade in una evidente petizione di principio, dacchè rimane tuttavia inesplicato perchè il sostituito debba prestare i legati, come se l'impubere istituito avesse adito, quale *heres* chiamato nel testamento, e nella misura assegnatagli da questo, mentre, di fatto, l'adizione nella quota assegnata testamentariamente non è avvenuta.

E, ad ogni modo, per codesto concorso di *personae non exceptae* e di *exceptae* per l'*uncia*, e invece poi solo di *exceptae* pei $^{5}/_{12}$, che provengono dalla *bonor. possessio;* per un così disordinato in-

[13] Goveano, *op. cit.*, l. cit..; De Retes, *op. cit.*, l. cit.

tervento di principii desunti dalla rigorosa efficacia del testamento paterno, che verrebbero ad esplicarsi pel sostituito solo in parte, mentre, d'altra parte, subentrerebbero a derimere le conseguenze d'altri principii derivanti da essa stessa, le regole del diritto pretorio; per tale concorso ed intervento, diciamo, si riuscirebbe ad un' *inelegantia iuris* tanto strana, da non parere giustificabile neppure per un istituto tanto poco armonico, quale la *bonor. possessio contra tabulas* [14].

Anche per tal via appare adunque negativamente, ma efficacemente, confortata l'ipotesi del glossema; ammesso il quale, il passo procede piano e spedito, recando un'applicazione lucida e precisa della regola generale, che troviamo espressa poi da Ulpiano. Quale del resto fosse l'origine, quali gli intenti del glossema, riesce certo assai difficile il rilevarlo, nè possiamo accingerci a tal compito.

L'antichità della redazione del nostro passo, così come attualmente si trova, antichità che non ci sfugge essere attestata dal modo, con che esso è riprodotto dai Basilici, XLIV, 3, 98, non ci sembra conferire a quella una così grave autorità, da sconsigliarvi l'ipotesi del glossema: la quale abbiamo veduta comprovata dagli argomenti positivi sostanziali, addotti per spiegare agevolmente, coll'ammissione di quella, il nostro passo, e, negativamente, dalla illogica interpretazione, che, altrimenti, si trovano costretti a porgerne scrittori pur acuti e geniali.

§ 12. E concludiamo omai su questo punto. Mentre nel caso, in cui l'impubere si sia liberato dall'eredità paterna, esercitando il *ius abstinendi*, ferve disputa tra i giuristi romani appartenenti a periodi diversi, ed in ispecie fra Giavoleno e Giuliano da una parte, ed Ulpiano dall'altra, circa il determinare se gli effetti

[14] Il Baron, *op. cit.*, p. 480, osserva che " dove tali disarmonie si trovano nelle regole fondamentali dell'istituto, non può recar meraviglia, se si hanno in conseguenza anche nelle quistioni particolari „.

dell'*abstentio* esplicatisi per l'impubere abbiano ad estendersi ugualmente pel suo sostituito, e lo negano i primi, e lo afferma il secondo, invece, nell'altro caso da noi considerato, di distacco dell'impubere dall'eredità paterna, quale deferitagli testamentariamente, distacco, cioè, avvenuto per la *bonorum possessio contra tabulas* conseguita dall'impubere, non v'ha alcuna traccia di dispute o di dissensi; ma bensì trovasi Africano, informato ancora allo spirito e al sistema giulianeo, concordare con Scevola e poi con Ulpiano, circa il riconoscimento anche pel sostituito pupillare degli effetti, che la *bonor. possessio* ebbe ad esplicare per l'impubere: e vale come costante nella giurisprudenza la regola riferita elementarmente da Paolo, *l. s. de sec. tab.*, *D.* 30, 126 *pr.*:... *substitutus... legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit perinde ac si quod per bonorum possessionem filius habuit, a patre accepisset.* Il che basti qui rilevare semplicemente, riserbando alle nostre osservazioni di conclusione, il porgerne spiegazione, e il trarne profitto pel nostro studio.

CAPITOLO III.

Le regole sopra la prestazione dei legati dovuti dal sostituito pupillare, o quali imposti a lui come tale, o quali imposti all'impubere, o quali imposti ad entrambi.

§ 1. Il tema della prestazione dei legati per parte del sostituito, fuori del caso particolare, discorso testè, di una *bonor. possessio contra tabulas*, conseguita dall'impubere, merita ora d'essere considerato di proposito, nel caso normale, in cui, succedendo il figlio impubere al padre, nella quota assegnatagli per testamento, e all'impubere succedendo il sostituito pupillare, entrambi, o uno di essi, siano onerati di legato. Secondo quali criteri vuolsi computata la Falcidia, pel sostituito che deve prestar legati imposti a lui come tale, o imposti *ex institutione* all'impubere, a cui succede? Le ricerche accurate ed acute, che sopra questo punto condussero di proposito studiosi valenti, e delle quali ben può farsi tesoro, ci consentono in parte di procedere qui relativamente spediti.

§ 2. Osserviamo innanzi tutto, per ben fissare l'oggetto della nostra ricerca, che questa va intesa nel solo caso, in cui la prestazione di legato sia imposta al sostituito dell'impubere istituito; dacchè, altrimenti, qualsivoglia disposizione di legato imposta al sostituito è priva d'efficacia: Paolo, *lib. sing. de sec. tab.*, D. 30, 126, pr. *Ab exheredati substituto inutiliter legatum datur*; mentre poi è del

tutto indifferente, per quest'effetto, che all'impubere diseredato o preterito pervenga poi, per via indiretta, e non per volontà del padre testatore, l'eredità di esso in tutto, o in parte: Giul., 61 *dig.*, *D.* 35, 2, 87, 7; Scevola, *l. sing. q. p. t. D.* 32, 103 pr.; Trifon., 18 *disp.*, *D.* 29, 1, 41, 3.

§ 3. Ma, quando l'impubere sia istituito, il sostituitogli pupillarmente può trovarsi onerato di legati in cotale sua qualità, *ex substitutione*, mentre può anche trovarsi obbligato a prestare insieme i legati, che il padre aveva già imposti all'impubere istituito e che questi non aveva peranco prestati. In tal caso d'intervento di codesta duplice categoria di legati, che è quello, che innanzi tutto importa essenzialmente di studiare, la misura della prestazione dei legati dovuti dal sostituito, e la riduzione della Falcidia, si determinano colla scorta di due regole, che trovansi pronunziate ed applicate, con notevole concordia e continuità di concetto, da giuristi romani, vissuti in momenti diversi. Le due regole si trovano formulate così: *pater de suo legat*, e *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur*.

§ 4. Consideriamo brevemente ciascuna di esse. La regola *pater de suo legat* è ad intendersi nel senso che l'ammontare dei legati dovuti dal sostituito, sia come imposti all'impubere istituito, sia come imposti a lui medesimo, debba sempre computarsi, in riguardo al patrimonio del padre, qual'era al momento della sua morte, rimanendo perciò inconsiderati gli aumenti o le diminuzioni, che quel patrimonio ebbe a subire in mano all'impubere, prima di passare al sostituito, entro l'eredità pupillare devolutagli.

Codesta regola la troviamo dichiarata, pel momento adrianeo, con lucidissima precisione, da un passo di Gaio:

Gaio, *18 ed. prov.*, *D.* 35, 2, 79: In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum mo-

reretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset.

Due passi di Papiniano ne recano poi applicazione diretta, che merita d'essere qui valutata di proposito. L'uno di questi è nel libro *29 q.*, *D.* 35, 2, 11, 5, e illustra ugualmente la nostra regola, come l'altra relativa allo stesso tema dell'obbligo imposto al sostituito rispetto alla prestazione dei legati, *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur*; a proposito della quale noi dovremo dunque riprenderlo. Così dice il testo papinianeo:

" Quod vulgo dicitur in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari quam potestatem habeat, videndum est: quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. secundum quae poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat vel ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? de suo (quadrante nimirum) dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo: nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, cum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub condicione relicta intelleguntur „.

Per la parte che qui ci importa, il passo di Papiniano pronunzia che, qualora i legati, imposti dal padre testatore all'impubere istituito e al sostituitogli pupillarmente, non superino insieme i $^3/_4$ della quota ereditaria paterna, valutata al momento della morte del padre, il sostituito, obbligato a prestarli, non possa conseguirne alcuna riduzione, qualora quella quota abbia subìto poi, in mano all'impubere, delle diminuzioni; chè anzi debba persino esso istituito prestare, anche del proprio, quel tanto, che manchi alla eredità dell'impubere per raggiungere la somma occorrente a prestare tutti i legati, che non ledevano alla morte del padre la $^1/_4$ dell'eredità di costui, deferita all'impubere. Il *quadrante nimirum*, che vorrebbe limitare l'obbligo del sostituito solo al sacrifizio della

quarta della porzione di eredità paterna, valutata al momento della morte del padre, è un manifesto glossema, tradito dalla logica contraddizione, in che esso si trova col procedimento e col valore del testo [1]. Più complesso è l'altro passo tratto, dal libro 6 *resp.*, *D.* 28,6, 41, 6:

Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset. non idem servabitur alio substituto: nam ille Falcidiae rationem induceret quasi plane sub condicione primis tabulis heres institutus, tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum optineret. nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit.

Vi si considera, in primo luogo, il caso, in cui sia onerato di legati il sostituito, in parte come tale, e per altra parte nella qualità di coerede dell'impubere coistituito con lui, qualità che pure in lui qui si suppone concorrere, e della quale ci soffermeremo a dire di proposito, nel seguito di queste nostre ricerche; e si pronunzia, per tal caso, l'obbligazione di codesto istituito e sostituito a prestare i legati, computando complessivamente quelli impostigli *ex institutione*, e quelli impostigli *ex substitutione*, deducendo la Falcidia dalle due porzioni riunite, toccategli *ex institutione* e *ex substitutione*. Poi, ed è questo che ora importa, si passa al caso, in cui il sostituito pupillarmente all'impubere, sia persona diversa dal suo coerede. Costui non presta i legati, tenendo conto, come il sostituito coerede, di una quota dell'eredità paterna, quale accresciutasi poi o diminuita in mano dell'impubere, e come istituito dal padre per questa quota *sub condicione*, nel senso che dovesse acquistarla,

[1] Il glossema ravvisò già in *quadrante nimirum* il Goveano, *ad. h. l.*, e accettò il Voorda, *Ad. leg. Falcid. comm.*, Harl., 1730, p. 279-81, in nota; dissentendo invece il Cuiacio, *Obsrv.*, 4, 35. Lo Pfordten, *op. cit.*, p. 34 e segg., non tenne conto dell'osservazione del Goveano; bensì ne tennero conto tutti i principali scrittori, che di poi s'occuparono di questo passo. Cfr. Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F. VI, p. 392 3; Vangerow, *Lehrb.* § 321, II. p. 406-7; § 535, II, p. 467-9; Baron, *op. cit.*, p. 474-5; Herrmann, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VIII, p. 417.

quale l'avrebbe trovata nell'eredità dell'impubere, al momento della morte di lui; ma bensì li presta come chiamato dal padre, sotto condizione, in quel momento stesso della sua morte, per guisa da dover valutare l'obbligo suo di prestare i legati, in vista di quel momento, e fino all'ammontare dei tre quarti della porzione di eredità paterna deferita all'impubere, e valutata in quel momento. Nè però ha per lui importanza di sorta che, essendosi diminuita in mano dell'impubere quella quota di eredità paterna, di cui pure non era stata lesa la Falcidia, valutata alla morte del padre, egli riesca a non aver più salva codesta Falcidia; come pure nulla importa che l'impubere abbia un altro coerede, la cui Falcidia invece si sia mantenuta illesa; nè può pretendere che la quota di questo coerede sia accomunata con quella deferita all'impubere, per computare poi sul complesso la Falcidia, per ritrarne un vantaggio, o evitare almeno di dover prestare i legati del proprio. In questo senso par certo da intendere l'inciso *tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret;* nel quale naturalmente neghiamo esista corruzione di testo, nè accettiamo di sostituire *heres* a *coheres.* [2]

§ 5. Nella regola *pater de suo legat*, è pure a riconoscere espresso un altro concetto, oltre a quello fin qui discorso, e che importa toccare di proposito: e cioè che il sostituito, il quale è tenuto alla prestazione dei legati, nella misura di quel patrimonio paterno, al momento della morte del padre, ma in quanto codesto patrimonio gli sia pervenuto come trasmesso direttamente dalla volontà del padre all'impubere, a cui esso sostituito è chiamato a succedere, non è tenuto quando altrimenti quel patrimonio del padre

[2] « *Heres* » sostituisce invece l'Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VI, pagg. 398 e segg., intendendo in guisa del tutto diversa il passo, che verrebbe a dire che il sostituito, non coistituito coll'impubere, deve computare la Falcidia, come se fosse istituito sotto condizione dal padre a suo erede *primis tabulis*. Deve perciò, come *erede* del figlio, aver libera la quarta ». Cfr. in ispecie, p. 400

sia pervenuto all'impubere indirettamente; dacchè vien meno, in tal caso, il rapporto dal quale, nel padre, il diritto d'impor legati all'impubere o al suo sostituito ripete il suo giuridico fondamento. Così Scevola dichiara esplicitamente che persino quando un figlio, diseredato dal padre, sia istituito erede da un altro fratello suo, ch'era invece istituito, oppure anche gli succeda *ab intestato*, il sostituito di quel diseredato non si trovi per nulla obbligato a prestare alcun legato imposto dal padre, *quia non principaliter sed per successionem bona patris ad eum pervenerunt:* D. 32, 103, 1. Che è quanto dire che i *bona*, pervenuti di tal guisa, non direttamente, al sostituito, non valgono come qualcosa di *suum* ereditario del padre, sul quale possa sussistere l'obbligo della prestazione di legati. Al qual pensiero di Scevola corrisponde molto precisamente una pronunzia, che trovasi ripetutamente in Papiniano (1, *def.*, *D.* 28, 6, 42; 9 *resp.*, *D.* 35, 2, 14, 3); che nel caso, in cui a due figliuoli impuberi taluno sostituisca pupillarmente una medesima persona, e i due figliuoli non muoiano contemporaneamente, ma sì l'uno dopo l'altro, per guisa che l'uno succeda *ab intestato* all'altro, non abbia a computarsi, nella misura della Falcidia, che la sola porzione di eredità, che l'impubere sopravvissuto ricevette per testamento dal padre, non già l'altra ricevuta *ab intestato* dal fratello, benchè proveniente essa stessa, ma indirettamente, dal patrimonio paterno.

E, prima che da costoro, senza che appaia traccia d'alcuna divergenza o dissenso, troviamo una geniale applicazione *a contrario* del medesimo concetto, in un passo di Giuliano; nel quale si pronunzia l'obbligo alla prestazione dei legati nel sostituito pupillarmente ad un figlio impubere diseredato, ma che era poi sostituito all'altro figlio istituito, e riusciva con tale istituzione ad esser chiamato, per volontà del padre, alla sua eredità: *cum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant:* *D.* 35, 2, 87, 7.

§ 6. Passiamo omai alla seconda regola, relativa al nostro tema: *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur*. Lucidamente la dichiara un passo d'Ulpiano: *79 ed., D.* 35, 3, 1, 1: *legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, iam convenit, contributis legatis tam his, quae ab ipso pupillo quam his, quae a substituto impuberi relicta sunt.* E, già prima, noi l'abbiamo veduta espressa ed applicata, in uno dei passi di Papiniano, testè esaminato, a proposito della regola *pater de suo legat: D.* 35, 2, 11, 5.

Anzi veramente, ripigliando ora a dire di quel passo, possiamo soggiungere ch'esso intende a connettere insieme le due regole, benchè paia, a tutta prima, proporsi soltanto la spiegazione di questa seconda, *in tabulis patris et filii una Falcidia servari.* Di vero, a considerare l'intervento con questa anche della regola *pater de suo legat*, si passa tosto dal giurista, non appena ch'egli ha avvertito come i legati imposti all'impubere e al sostituito s'abbiano a riunire (*contributioni locus est*), valutandone l'ammontare, in riguardo alla quota d'eredità paterna deferita all'impubere, e considerata al momento dell'aprirsi della successione paterna. Supposto, egli dice, che i legati, ordinati a carico dell'impubere, sommati con quelli ordinati a carico del sostituito, non superino insieme i tre quarti della quota dell'eredità paterna deferita all'impubere, potrà avvenire che il sostituito sia tenuto a prestarli tutti (*secundum quae poterit evenire*), persino impiegandovi del proprio; in quanto quei legati, riuniti insieme, pel computo complessivo della Falcidia, giusta la regola *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur*, sono poi efficacemente ordinati anche rispetto all'altra regola *pater de suo legat*, contenendosi essi entro i tre quarti della porzione di eredità paterna deferita all'impubere, e valutata al momento dell'apertasi successione paterna.

Di tal guisa il glossema, pur dianzi solo avvertito, nelle parole *quadrante nimirum*, resulta in modo evidente, dal logico pro-

cedimento del testo, e da una diretta applicazione delle due regole fin qui discorse.

Per contro, nonchè evidente, neppur probabile ci sembra l'ipotesi, che pur taluno propose, di un'interpolazione nelle ultime parole del passo: *nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento* ecc. [3]; le quali, per sè, ben lungi dal recare un concetto inutile o superfluo alla spiegazione della pronunciatavi risoluzione, valgono per contro a ribattere un'obbiezione, che potrebbe proporsi, non avvertendo la natura che si ravvisa nei legati imposti nelle *secundae tabulae*, coll'assimilarli a legati imposti nella *primae tabulae sub condicione*, e s'informano ad un principio che valse altrimenti come tradizionale. Mentre poi, neppure formalmente, appare in quelle alcun indizio di modi o forme, che possan dirsi con piena certezza estranee alla lingua papinianea.

§ 7. La regola *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur*, ha segnatamente un'importante applicazione, che richiede qui apposita avvertenza.

Essa consiste in questo, che, se all'impubere e al sostituitogli pupillarmente, siano imposti tali legati, che, computati insieme, ledano la Falcidia della quota deferita all'impubere, l'impubere ha l'obbligo, prestando per intiero i legati a lui imposti, di esigere dai singoli legatari la cauzione *quod amplius quam per legem Falcidiam licet, ceperis, dari;* e l'ha per lui il suo tutore, che ne risponde coll'*actio tutelae:* Giul., 13 dig., *D.* 35, 2, 84; Ulp., 79 ed., *D.* 35, 3, 1, 2; regola di cui, già secondo l'opinione di Cassio e degli altri *veteres*, si estendeva il valore fino pei fedecommessi: Pomp., *2 fid.*, *D.* 35, 2, 31.

§ 8. Ma se, circa le due regole testè esposte, per sè, e nella loro applicazione al caso più semplice d'un solo sostituito pupillar-

[3] Herrmann, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VIII, p. 415.

mente, obbligato a prestar legati, quali imposti a lui medesimo, o imposti all'impubere a cui succede, non v'ha traccia di dissensi o di dubbiezze fra i giuristi dei diversi momenti, traccie di cotali dissensi e dubbiezze compaiono invece, per singole applicazioni di tali regole a casi meno semplici e piani.

Un primo punto di dissenso pare l'offrisse l'applicazione di queste regole al caso di più sostituiti, obbligati alla prestazione dei legati, o imposti solo *ex substitutione* singolarmente a taluno di essi, o anche imposti all'impubere al quale insieme succedono.

Un passo di Gaio descrive per vero, coll'usata chiarezza, il modo, con cui in tal caso la nostra regola è ad applicarsi, e senza cenno, pel momento suo, d'alcuna dubbiezza, che ancora circa il concetto a cui egli vi si informa si sia presentata.

Gaio, *3 de leg. ad ed. praet.*, *D.* 35, 2, 80 pr.: Si is, qui quadringenta in patrimonio habebit, filio impubere herede instituto ducenta legaverit eique Titium et Seium heredes substituerit et a Titio centum legaverit, videamus, quid iuris sit, si nondum solutis legatis pupillus decesserit et ob id ea legata utrique debent, solus heres Titius utetur lege Falcidia: cum enim ducenta ex hereditate pupilli ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet, centum ex ducentis quae pupillus debebat, centum quae ipse dare iussus est: itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebit quinquaginta. in persona vero Seii lex Falcidia non intervenit cum ad eum ex hereditate pupilli ducenta pertineant et debeat legatorum nomine centum ex ducentis quae a pupillo relicta sunt. quod si pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli, ut caveant legatarii.

Semplice è il caso raffiguratovi. Un padre lascia al figlio impubere, che istituisce, la somma di 400, imponendogli tanti legati per l'ammontare di 200, e gli sostituisce Tizio e Seio, imponendo a Tizio, quale sostituito, legati per 100. Morto l'impubere, si fa luogo alla sostituzione. Prestati i 200, dovuti dall'impubere in legati, l'eredità paterna rimane di 200, e però toccano 100 a ciascuno dei due sostituiti. Ma Tizio è onerato di legati per tutti i 100, mentre per Seio i 100 non son tocchi. Sarà a dirsi che Tizio debba prestare tutti quei legati per 100, considerando che, presi insieme, i

legati imposti *ex institutione* all'impubere e quelli imposti *ex substitutione* a Tizio, sommavano a 300, e però non superavano i tre quarti dell'eredità paterna? No, perchè il computo complessivo della Falcidia non va fatto a codesto modo, pel complesso dell'eredità, e senza distinguere quota da quota di questa; ma bensì è a compiersi separatamente per ciascun sostituito, come si farebbe separatamente per ciascun erede diretto del padre. E, nel caso nostro, Tizio, la cui quota di 200 è tutta assorbita dai legati che si troverebbe a dover prestare *ex institutione* e *ex substitutione*, dedurrà la Falcidia di 50; mentre, naturalmente, non potrà dedurla Seio, a cui tocca metà dell'originaria quota d'istituzione dell'impubere, cioè 200, diminuita dei 100 prestati dall'impubere a titolo dei legati impostigli. E, insomma, Gaio dichiara precisamente doversi applicare, nel computo della Falcidia per più sostituiti pupillari, la medesima regola, che altrove formula per più eredi diretti: *in singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur* (18 *ed. prov.*, *D.* 35, 2, 77).

§ 9. Sopra lo stesso argomento, trattato da Gaio nel passo testè discorso, s'intrattiene Papiniano, in un apposito § d'un passo che ci è già noto: *D.* 35, 2, 11, 6; e vi pronunzia un resultato identico a quello che vedemmo in Gaio; ma preceduto da motivazione più ampia e completa, e segnatamente da un acuto esame delle obbiezioni, che un'interpretazione men che esatta delle due regole esaminate nel § 5 di quel medesimo passo, potrebbe indurre, di contro a quel resultato:

Si filio suo duo substituerit et alterius portionem oneraverit, tractari solet. an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet vel unus pupilli substitutus. et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae da patrimonii ratione dicta sunt. non esse Falcidiae locum et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium atque ita si patri heres extitisset: ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis.

quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus? si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit et aliquid ultra dodrantem sit in omnibus, et ipsum Falcidiam habiturum? atquin quartam habet neque idem patiatur instituti comparatio. rursus si negemus, aliud aperte, quam quod volgo probatum est, respondetur. itaque varietas exsistet, ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam, alter autem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur eius, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. huic consequens est, ut, si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio, videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.

Papiniano si propone, come appunto si proponeva Gaio, che, di due sostituiti pupillarmente ad un impubere, uno solo sia onerato di legati, non già per guisa da superare la Falcidia dell'intiera eredità paterna deferita all'impubere, ma bensì da superare la Falcidia della metà, che ne tocca a quel sostituito.

A tutta prima, egli osserva, potrebbe sospettarsi che le regole *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur*, e *pater de suo legat*, trattate nel § precedente, avessero ad importare, pel sostituito così onerato, l'obbligo di prestare tutti quei legati, dal momento che dovrebbe prestarli tutti, qualora egli fosse unico sostituito, e avrebbe dovuto pure prestarli tutti l'impubere, se di tanti fosse stato egli stesso onerato. Ma, tosto s'affretta ad avvertire il Nostro, non sarebbe codesto un sospetto giustificato; perchè, come si valuta direttamente, in riguardo all'entità dell'eredità del padre, la misura dei legati che il sostituito è obbligato a prestare, restandovi inconsiderata la persona dell'impubere, per gli aumenti o le diminuzioni, che in mano ad essa quella ebbe a subire, così analogamente la persona dell'impubere deve restarvi inconsiderata, nel caso nostro della chiamata di diversi sostituiti e di un diverso aggravamento di essi con imposizioni di legati: i sostituiti debbono cioè concepirsi, *subducta persona pupilli*, come più eredi diretti istituiti dal padre, e però per ciascuno di essi, come per ciascuno degli eredi diretti, deve aver luogo una computazione separata e distinta dalla Falcidia. È pertanto decisivo qui, per indurre a pronunziare il diritto di quel

sostituito alla deduzione della Falcidia, il parificarsi la posizione di esso a quella di un istituito dal padre (*instituti comparatio*).

Mentre, qualora il sostituito non sia onerato per sè, in misura da superare l'ammontare della quarta Falcidia, ma lo riesca per l'obbligo che gli grava di prestare anche altri legati imposti già all'impubere, e che vengono ad unirsi a codesti suoi, egli ha diritto di computare separatamente la quarta, non più per solo effetto della posizione datagli senz'altro, come d'istituito (*instituti comparatio*) [4] ma appunto anche per la regola del computo dell'*una Falcidia*, pei legati imposti a lui e all'impubere (*confusio calculi*).

Come conseguenza di questa sua pronunzia, avverte da ultimo il giurista che ciascuno dei due sostituiti, per quel tanto che superi la sua Falcidia, distintamente computata, ha diritto di convenire i legatari proprii dell'impubere, ai quali eventualmente questi avesse prestato già i rispettivi legati, esigendone la cauzione *si amplius coeperint quam e lege Falcidia capere liceat, quanti ea res erit dare.* [5]

§ 10. Già il fatto stesso dell'essersi Papiniano proposto, ad oggetto d'un'apposita *quaestio*, la determinazione di codesta regola della separata computazione della Falcidia, per ciascuno dei più sostituiti, e il metodo con cui la *quaestio* è condotta, e segnatamente l'apposita confutazione intrapresavi di obbiezioni, che facciano inclinare alla computazione complessiva sull'intiero ammontare della eredità, pare consentano il dubbio che, in quel suo momento, l'evidenza e l'universale riconoscimento della regola da lui difesa fosse venuta meno, e le contendesse il campo appunto quel contrario concetto della computazione complessiva, ch'egli intende a confutare.

[4] Giustamente propone l'Huschke, *op. cit.* nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* N. F., VI, p. 408-9, di supplire nel testo *neque idem patiatur institutio comparatio*, con *neque id patitur* (o *patiatur*), ecc.

[5] Un'interpretazione sostanzialmente concordante con questa nostra dei due passi di Gaio e di Papiniano, ma segnatamente di quest'ultimo, troviamo nell'Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VI, p. 402-9; Herrmann, *op. cit.*, nella *Zeitschr.* cit., N. F., VIII, p. 413-8; Vangerow, *Lehrb.* § 535, II, p. 470-1.

Il dubbio riesce fortemente confortato, e quasi diviene certezza, in grazia di un passo d'Ulpiano, assai discusso, dalla glossa in poi, intensamente e variamente.

Ulp., *79 ed.*, *D.* 35. 3. 1, 3. Marcellus ait: qui quadringenta in bonis habebat, impuberem filium heredem instituit eique substituit Titium et Seium: nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio trecenta: utrum ducenta, inquit, praestabuntur an centum quinquaginta? nam trecenta nullo modo eum prestare. mihi videtur verius non amplius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus: secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda est, sed causa cognita.

Riconosciamo intanto, sull'autorità del Mommsen, e colla scorta dei Basilici, XLI, 2, 3, che la punteggiatura esatta a darsi al passo, e che abbiamo usato, trascrivendolo, è questa: che cioè, dopo *causa cognita*, occorre collocare un punto, connettendo le parole che seguono *Falcidiam locum habere*, ecc., al § successivo. [6]

Il passo comincia col ricordare una questione proposta a Marcello, identica a quella, intorno alla quale s'aggirano i passi di Gaio e di Papiniano. Un padrefamiglia istituì il figlio impubere unico erede nel suo patrimonio di 400, sostituendogli pupillarmente Tizio e Seio, non imponendo alcun legato all'impubere, bensì imponendone a Tizio, pel complessivo ammontare di 300. Dovrà il sostituito Tizio prestare in legati 200, e cioè tutta la quota paterna pervenutagli, senza detrarne la Falcidia, o invece detrarrà la Falcidia, prestando i legati solo fino all'ammontare di 150? Fra l'una e l'altra opinione Marcello sta dubbioso, respingendo invece, senz'altro, il semplice dubbio che Tizio abbia a prestare tutti i legati per 300, e cioè per cento in più della quota di eredità paterna che

[6] Fra gli antichi, codesta punteggiatura, ora seguita, fu proposta dal Govean, *ad. l. 77 ad l. Falc.*, nelle *Opera*, p. 239. Cfr. Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VI, p. 412; Herrmann, *op. cit.*, nella *Zeitschr.* cit. N. F. VIII, p. 420-3; Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, LIII, p. 219 225.

gli perviene: dubbio, a cui poteva indurre una superficiale applicazione delle due regole fin qui vedute, come appunto ben dichiarava Papiniano nel *D.* 35, 2, 11, 6, *et facile quis dixerit consequenter prioribus . . . . ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum*, porgendo però di tal pensiero apposita e acuta confutazione.

Ulpiano risolve la questione, rimasta irresoluta da Marcello, pronunziandosi per la prima di quelle due opinioni, presentatesi a Marcello, respingendo invece quella, ch'egli pure aveva respinta, circa l'obbligo di prestar 300, ma con questa anche l'altra, da Marcello irresoluta, sull'obbligo di prestare soli 150, detraendo la Falcidia (*non amplius parte sua — certe nec minus*). E del respingere l'ammissibilità della riduzione, reca implicita, ma chiara ragione, in sulla fine del passo, col dichiarare che la *cautio quanto amplius quam per legem Falcidiam liceat*, ecc., debba interporsi per tutti gli eredi, complessivamente; in quanto appunto l'ammontare dei legati, in riguardo all'eredità paterna deferita all'impubere, deve, secondo lui, esser computato complessivamente per tutti gli eredi, istituiti o sostituiti, non già singolarmente per ciascuno di essi.

La qual ragione è per noi capitale rilevare come stia in preciso contrasto colla regola enunciata da Gaio, e difesa da Papiniano, della computazione distinta, e come nulla scemi della sua importanza l'essersi Ulpiano arrestato a mezza via, nell'accettarne le conseguenze, pronunziando l'obbligo del sostituito solamente per 200, anzichè per tutti i 300, che invece, secondo una rigorosa applicazione del suo concetto, avrebbero a tenersi dovuti, giusta appunto l'accenno, che vi recava Papiniano stesso. Al che Ulpiano dovette indursi, non già in forza di qualche principio o rapporto relativo all'istituto qui considerato, ma probabilmente solo a cagione di un indebolimento già allora pronunciatosi del classico concetto, che poneva illimitato nell'erede (fuor del disposto della Falcidia) l'obbligo di prestare i legati, indebolimento che avviava man

mano alla riforma definita da Giustiniano colla celebre costituzione, *C.* 6, 30, 22[7].

§ 11. Quali le ragioni del dissenso? Trattavasi qui di un'opinione personale d'Ulpiano, o piuttosto d'un'opinione omai diffusa, tra i giuristi del suo momento? E come si spiega che fra Gaio e Papiniano, i quali s'informano ad un identico concetto, stia Marcello, dubbioso d'accoglierne uno del tutto diverso? Una risposta esplicita a codeste questioni non è forse possibile. Che tuttavia nel passo d'Ulpiano si trattasse d'opinione sua personale, ci pare di potere escludere senz'altro, dato il modo, con cui essa vi è trattata, e la natura dell'opera, a cui il passo appartiene; che è il commentario all'editto, nel quale raramente Ulpiano espone e discute opinioni sue proprie, le quali preferibilmente riserba alle *disputationes*.

La corrispondenza poi dell'opinione da lui seguìta proprio con quella combattuta di proposito, all'incirca nel suo stesso momento, nella *quaestio* papinianea, è un indizio assai significante, per non dir decisivo, della diffusione di quella. La quale, a sua volta, corrispondeva ad un indebolirsi grave dei concetti, sopra cui s'incardinavano le regole attinenti alla prestazione dei legati dovuti dal sostituito

[7] La contraddizione fra il passo d'Ulpiano e gli altri due di Gaio e di Papiniano ammette anche l'Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VI, p. 412 e segg., senza tuttavia fermarsi sopra la illogica conseguenza tratta dallo stesso principio, a cui il passo ulpianeo s'informa, costituita dalla fissazione dell'obbligo del sostituito a prestare in legati 200, e non più.

Altri nega la contraddizione, e tenta di ricavare dai tre passi senso concorde. Così segnatamente Vangerow, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Praxis*, XXXVI, p. 250-1; Schlayer, *op. cit.*, nell'*Arch.* cit., LIII, p. 219-225.

Altri ancora s'affida al partito di mutamenti da introdursi nel testo d'Ulpiano. Così Herrmann, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VIII, p. 420-3, muta il testo della seconda parte del passo nella maniera seguente: . . . Mihi videtur verius non amplius eum parte sua erogare compelli [certe nec minus]. secundum quod eveniet, ut ei [non] soli committatur stipulatio, nec [sed] omnibus interponenda sit, sed causa cognita „ — Col che verrebbe naturalmente a pronunziarsi anche qui la computazione distinta per ciascun erede diretto e indiretto. Ma quali argomenti per confortare mutazioni tanto sostanziali e gravi?

pupillarmente, e, dietro questa, del concetto e dell'essenza della sostituzione pupillare.

§ 12. D'altri dissensi recano indizio le nostre fonti, circa l'applicazione da darsi alle due regole, nel caso in cui, concorrendo nel sostituito pupillarmente anche la qualità d' istituito coll'impubere nell'eredità paterna, sia pure in questa onerato di legati, e debba inoltre prestarne altri, quali imposti all'impubere, o a lui medesimo *ex substitutione*.

Due passi delle fonti illustrano segnatamente le regole da tenersi per tal caso: l'uno è di Giuliano, *61 dig.*, *D.* 35, 2, 87, 4. 5. 8, l'altro è di Papiniano, *29 quaest.*, *D.* 35, 2, 11, 7. Secondo l'interpretazione recata per consueto di codesti passi, le regole sarebbero queste. Qualora siano ordinati legati solo a carico dell'impubere, s'abbia a computar la Falcidia solo dalla porzione dell'impubere, tenendosi ben distinta da questa la porzione d'istituzione del coerede sostituitogli, che nulla deve prestare del proprio: e per ciò si adduce Giuliano, *D.* 35, 2, 87, 4 e Papiniano, *D.* 35, 2, 11, 7; mentre invece s'ha a far luogo a computo complessivo delle due porzioni, qualora la porzione onerata sia quella d'istituzione del sostituito. Ciò si trae da Giuliano, *D.* 35, 2, 87, 5:

§ 5. Quod si extranei heredis semis totus legatus fuerit isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres exstiterit, poterit dici, augeri legata et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset eoque omittente hereditatem ex asse heres exstitisset, quia semper substitutus rationem legis Falcidiæ ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.

Qualora poi entrambe le porzioni, quella d'istituzione dell'impubere e quella d'istituzione del coerede sostituitogli, siano onerate, si bada alla maggiore o minor gravezza dell'onere, che pesa sopra la porzione dell'impubere, per determinare se debba farsi luogo a com-

putazione distinta delle due porzioni, o invece a computazione complessiva [8]. S'interpreta in tal senso Giuliano, *D.* 35, 2, 87, 8.

§ 8. Coheres pupillo datus si pro parte sua legata, habita legis Falcidiæ ratione, præstiterit, deinde, impubere mortuo, ex substitutione heres exstiterit, et semis pupilli legatis exhaustus esset, ex integro legis Falcidiæ ratio ponenda erit, ut contributis legatis, quæ ab ipso et quæ a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat. licet enim pupillo heres exsistat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac si patri heres exstitisset. Nec aliter augebuntur legata, quæ ab ipso ultra dodrantem data fuerant, quam augentur, cum ex parte heres institutus, et coheredi suo substitutus deliberante coherede legata, habita ratione legis Falcidiæ, solvit, deinde ex substitutione alteram quoque partem hereditatis adquirat.

Che siano codeste le regole vigenti nel diritto romano, quale determinato nelle pandette, non disconosciamo. Ma che per altro tali regole fossero pronunziate da Giuliano e da Papiniano concordemente, come apparirebbe dallo stato attuale dei loro frammenti, ci pare assolutamente dubbio.

§ 13. Cagione del dubbio porge in ispecie il § 4 del fr. di Giuliano testè ricordato. È sulla base di esso, abbiam detto, che si formula la regola non doversi far luogo a computo complessivo delle due porzioni, quando sia onerata la quota d'istituzione dell'impubere.

Giul., *61 dig.*, *D*, 35, 2, 87, § 4.: Qui filium suum impuberem et Titium æquis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil et Titium filio substituerat. quæsitum est, cum Titius ex institutione adisset et impubere filio mortuo ex substitutione heres exstitisset, quantum legatorum nomine præstare deberet. et placuit solida legata eum præstare debere: nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur et solida legata præstarentur. sed hoc ita verum est, si filius antequam patri heres existeret decessisset. si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem præstare necesse habuit.

[8] Vangerow, *op. cit.*, nell'*Arch. f. civil. Prax.*, XXXVI, p. 308-32; Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VII, p. 187-219.

Si comincia col proporre che alcuno abbia istituiti eredi in parti uguali un suo figlio impubere, e Tizio, onerando di legati l'intiera porzione del figlio, e nulla imponendo a carico di Tizio, ch'è sostituito pupillarmente al figlio. Divenuto Tizio erede, poi, morto il figlio impubere, fattosi luogo anche alla sostituzione, quanto dovrà Tizio prestare di legati? Dovrà prestarli tutti, in quanto le due porzioni, computate insieme, formano l'*asse*, e i legati debbono commisurarsi sull'entità di questo: *confusi duo semisses efficerent* (o, meglio, come fu proposto, *effecerunt*), *ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur*. Così la prima parte del passo, fino a *sed hoc ita verum est*. Ma una gravissima limitazione, o piuttosto un sostanziale denaturamento del senso di codesta prima parte, reca la parte, che comincia con quelle parole. Ciò è vero, vi si soggiunge, nel solo caso, in cui il figlio sia premorto al padre, e però, non essendo quegli succeduto a questo, si sia fatto luogo pel sostituito a mera sostituzione volgare, anzichè pupillare. Ma, si prosegue, nulla può aversi di tutto ciò, quando veramente l'impubere sia succeduto al padre, e, morto costui nell'impubertà, si sia fatto luogo a sostituzione pupillare. Il sostituito pupillare sarà obbligato allora a prestare i legati nella stessa misura, per cui sarebbe obbligato l'impubere, e cioè solo fino alla concorrenza dei $^3/_4$ della quota di lui, volendosi computata la Falcidia distintamente sopra quella quota. Senonchè appunto codesta parte del paragrafo, che limita il valore della regola della complessiva computazione delle due quote, pronunziata nella prima parte, al solo caso di sostituzione volgare, dà luogo a dubbi gravissimi, la cui importanza non può sfuggire, nè sfuggì; ma che pure non paiono risolubili, procedendo per una via diversa da quella, che noi osiamo proporre.

La limitazione, che codesta seconda parte reca della regola sopra la complessiva computazione, fissata nella prima parte, per la sostituzione volgare, non è concepibile nel tempo di Giuliano; in quanto essa presuppone come già fissato il principio, a cui s'informa

il noto rescritto di Severo e Caracalla, ordinando che s'avesse a tenere ripetuta tacitamente pel sostituito volgare l'imposizione dei legati disposta a carico dell'istituito (*Ulp.*, *4 disp.*, *D.* 30, 74; *18 ad leg. Jul. et P. P.*, *D*, 31, 61, 1; *Diocl. e Mass.*, C. 6, 49, 4). Nè certo è attendibile la spiegazione, tentata dalla glossa e accolta poi da taluni commentatori, la quale presuppone che, pel sostituito, la *repetitio* dei legati già imposti all'impubere fosse, nel nostro passo, voluta espressamente dal padre testatore; poichè contrasta a ciò, in guisa non dubbia, la dichiarazione finale del passo medesimo, nel quale è detto essere il sostituito obbligato non già *suo nomine*, ma sì *defuncti pupilli* [9].

Così come è ora, il passo di Giuliano si presenta poi logicamente assai sconnesso; dacchè, nel § 4, si viene a formulare una regola, relativa soltanto alla sostituzione volgare, per passar poi, nel § 5 successivo, manifestamente rispetto alla sostituzione pupillare, a considerare il caso d'aggravamento della quota d'istituzione del sostituito, pel quale si pronunzia il computo complessivo, come poi lo si pronunzia successivamente, nel § 8, ancora rispetto alla sostituzione pupillare, considerandosi il caso d'aggravamento d'entrambe le quote. Invece ogni sconnessione vien meno, e il passo riprende il suo logico e naturale procedimento, quando si ometta tutta la parte, che incomincia con *sed hoc ita verum est*, e va fino al termine del § 4. Codesta seconda parte, oltre ad attribuire a Giuliano un principio, ch'era estraneo al tempo suo, si presenta pertanto anche logicamente inopportuna.

Crediamo, per tali ragioni, che codesta seconda parte non sia originale di Giuliano, ma bensì debba attribuirsi a qualche annotatore, che mirasse a porre in relazione il passo giulianeo con posteriori mutamenti di diritto, riferendo solo alla sostituzione volgare una regola, che originariamente era proferita per la pupillare. E poichè

[9] Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.* N. F., VII, pag. 196.

questa stessa limitazione presuppone, come già rilevammo, la *repetitio* pel sostituito dei legati imposti all'istituito, determinata dalla costituzione di Severo, e però non possiamo ritenere ch'essa fosse pronunziata già da Marcello, in alcuna delle sue note ai *digesta* giulianei, ci è necessità riferirla ad una delle *notae*, che sappiamo con certezza essere state apposte a quelli anche da Paolo, benchè ce ne manchino palesi indicazioni: e della quale sia caduta la designazione *Paulus notat*. Per quanto spetta in genere alla non singolare improbabilità del fatto, ci riferiamo alle osservazioni, che presentammo già nel capitolo I, ai §§ 13-16, circa la congettura che riferiva una parte d'altro passo giulianeo ad una nota di Marcello.

§ 14. Il mutamento di diritto, al quale crediamo che l'annotatore mirasse a connettere il passo giulianeo, svisandone l'originario valore, si trova affermato appunto, all'incirca nel momento di Paolo, col passo di Papiniano, *D.* 35, 2, 11, 7:

Qaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat? et quale est, quod volgo diceretur, legatorum rationem separandam? dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subiciantur et invicem inducant contributionem. Sed legata quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere: ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus: et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe an sub diversis condicionibus sit heres institutus.

È detto in questo passo che, qualora sia onerata di legati la quota d'istituzione dell'impubere, a cui è sostituito il coerede, essa sola, o almeno essa in maggior misura che la quota del sostituito, possa lo stesso sostituito far valere separatamente, sopra questa porzione, il diritto alla Falcidia, così come lo avrebbe potuto far valere l'impubere (*ideoque quartam pupillo datae portionis habere*

substitutum, *quamvis suam portionem habeat ut institutus*), all'infuori, ben s'intende, del caso, che vi si accenna precedentemente, nel quale l'imposizione dei legati all'impubere si trovasse ripetuta anche a carico del sostituitogli coerede (*quantum ad legata*, *quae pater a filio item a substituto reliquit*, *nullam fieri posse separationem*, *cum communi calculo subiiciantur et invicem inducant contributionem*).

§ 15. La separata computazione della Falcidia, pronunziata, fuori di quest'ultimo caso, pel sostituito, è giustificata da Papiniano colla considerazione che la posizione dell'istituito, che acquista, come sostituito pupillarmente all'impubere coistituito con lui, la porzione ereditaria di questo, è diversa dalla posizione di un erede chiamato a più porzioni di una stessa eredità, anche se in talune *pure* in altre *sub conditione*, e non vale rispetto a lui ciò che vale per l'istituito in più quote; il quale, per quanto attiensi alla *ratio legatorum*, si considera come istituito nell'intiera eredità (*ibi enim legatorum confundi rationem non minus*, *quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione*, *quae conficeretur ex pluribus*.

Ora è chiaro che appunto il concetto di codesta diversa posizione del sostituito pupillare, addotto da Papiniano, a giustificazione della computazione separata, ch'egli vi pronunzia, doveva essere estraneo a Giuliano; il quale, fissando la regola della computazione complessiva, doveva invece considerare il sostituito pupillare come istituito in due quote della medesima eredità, nell'una *pure*, nell'altra *sub conditione*.

§ 16. Ma, comunque, per Papiniano, a differenza di ciò che avveniva per Giuliano, valeva come regola la computazione separata delle due porzioni d'istituzione, dell'impubere, e del coerede sostituitogli; e così pure questa regola valse di poi pei compilatori giustinianei, come sta ad attestarlo l'accoglimento nelle pandette

del passo di Papiniano, e l'inserzione, nel § 4 del passo giulianeo, della nota, intesa a connettere la regola generale pronunziatavi, col mutamento verificatosi nel diritto, circa questo punto. Solo pei casi, in cui sia onerato di legati il sostituito, nella sua quota d'istituzione, onerato egli solo, o egli in maggior misura dell'impubere coistituito, si ammette un'eccezione alla regola; e però, con mero valore d'eccezione, erano accolti nelle pandette i §§ 5 ed 8 del passo di Giuliano, i quali originariamente avevano senso e valore di semplice applicazione della regola espressa nella prima parte del § 4.

A spiegare perchè, per codesti casi, e per essi soltanto, si sia continuato ad ammettere il computo complessivo, soccorre probabilmente un riguardo pei legatari del coerede sostituito, che si concepiva conforme alla presunta volontà del testatore, la quale si rivolgeva a quel sostituito quale a continuatore pieno della sua personalità [10].

Tuttavia l'eccezione, pronunziata per tali casi al principio omai fissato, nulla ritiene del concetto fondamentale, a cui s'informava, nel momento giulianeo, la computazione complessiva, stabilita come regola, anzichè solo per quei singoli casi, pei quali rimase eccezionalmente nel diritto positivo delle pandette.

§ 17. Tutto quello che fu avvertito, circa il mutato concetto, a cui s'informa l'eccezionale computazione complessiva, pei casi testè discorsi, è a ripetersi per un altro caso, in cui troviamo pure pronunziata da Papiniano codesta computazione: e proprio per quello, in cui siano imposti al coerede dell'impubere, quale coistituito con lui *in primis tabulis*, taluni legati, mentre altri sono imposti a lui stesso, quale sostituito, *ex secundis tabulis*. Evidentemente, in tal caso, egli s'ha a trattare come un istituito in due porzioni, nell'una *pure*, nell'altra *sub condicione*, e proprio sotto la condizione che

[10] Cfr. Baron, *op. cit*, p. 471-3.

abbia ad effettuarsi la sostituzione pupillare, per la premorienza del figlio impubere, pel quale essa è ordinata.

Del che appunto tratta il Nostro, in uno dei passi già a noi noti.

Pap., *D.* 28. 6, 41, 6. Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset.

La quale posizione del sostituito, quale d'istituito in due quote di una medesima eredità, Papiniano stesso disconosce che sussista, rispetto all'obbligazione dei legati, che non siano imposti alla medesima persona, nella duplice qualità d'istituito e di sostituito, come fin qui s'è veduto di proposito.

§ 18. A parte ormai il caso, considerato fin qui, in cui concorra in una stessa persona la qualità d'istituito e di sostituito pupillarmente, merita da ultimo apposita avvertenza quello, in cui concorra in una stessa persona la qualità di sostituito pupillarmente a più impuberi istituiti, morti contemporaneamente, o morti in tempi diversi. Il qual caso è ben chiaro che non s'ha a confondere con l'altro, già toccato più sopra, di un sostituito pupillarmente all'impubere, che muoia per ultimo, e che riceva *ab intestato* l'eredità del fratello premorto, col quale tuttavia il sostituito pupillarmente a quel sopravvissuto si concepisce che non abbia verun rapporto.

Il caso qui proposto trovasi considerato da Papiniano, rapidamente, in un passo dei *responsa*, appunto precedentemente a questo secondo, da cui vuolsi tener distinto:

Pap., *9 resp.*, *D.* 35, 2, 14, 2: Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat.

Codesto caso del sostituito a due impuberi, e come tale in pari rapporto colle eredità d'entrambi, è precisamente l'inverso dell'altro trattato da Papiniano nel *D.* 35, 2, 11, 6, di più sostituiti ad uno stesso impubere. Ora appunto costoro, *subducta persona pupilli*, dichiarava Papiniano doversi considerare come istituiti nel testamento paterno, e però segnatamente erano ammessi a far valere la Falcidia sopra le rispettive quote. Qui per contro il sostituito, *subductis pupillorum personis*, si considera come istituito nell'intiera eredità, e però si pronunzia che debba computare complessivamente i legati, imposti all'uno o all'altro dei due impuberi, ai quali è sostituito. E intendiamo computazione complessiva, nel vero e proprio senso di riunire insieme le quote di eredità paterna, valutate al momento della morte del padre, commisurando all'entità di queste, così riunite, tutti insieme i legati imposti agli impuberi [11].

La pronunzia pertanto è proprio l'inversa di quella, che si ha da Papiniano nel *D.* 35, 2, 11, 6, come il caso qui proposto è l'inverso di quello ch'era là configurato. Ma, appunto per questo, identico ne appare il concetto giuridico, che informa entrambe le risoluzioni, il concetto, cioè, del sostituito, che *subducta persona pupilli*, è considerato quale istituito dal padre.

§ 19. Codesto principio ritorna pertanto in Papiniano lucidamente, ancora qui, trattandosi di valutare, rispetto all'obbligo della prestazione dei legati, la posizione di un sostituito a più impuberi,

[11] Così anche Huschke, *op. cit.*, nella *Zeitschr. f. Civilr. u. Proc.*, N. F., VII, p. 225. Erroneamente intende invece lo Pfordten, *op. cit.*, p. 92-3, che s'abbia a computare la Falcidia separatamente per ogni porzione, solo computando in quella di soverchio onerata quel tanto d'attivo, oltre la Falcidia, che si ritragga da un'altra meno onerata.

Il passo considera solo legati imposti agli impuberi; non vi appare invece alcun cenno di legati imposti al sostituito, come pretendono il Vangerow, *op. cit.* nell'*Arch. f. civil Prax.*, XXXVII, p. 359; *Lehrb.*, § 535, II, p. 476 e il Pietak, *op. cit.*, nell'*Arch.* cit., LVIII, p. 412.

così com'esso era da lui pronunciato, trattandosi di più sostituiti ad uno stesso impubere; o, insomma, ci si presenta nei casi in cui importi valutare solo la posizione del sostituito pupillare per sè, non in rapporto e in concorso colla posizione di istituito. Nel caso di tal rapporto e concorso, nuove, diverse influenze forse intervengono a velare e a sviare quel concetto, a far sentito uno sforzo nell'assimilare, per ogni effetto, le due chiamate *ex institutione* e *ex substitutione.*

CONCLUSIONE.

§ 1. Abbiamo assistito fin qui, intorno ai tre punti capitali, che ci parve necessario studiare, per cogliere l'indole giuridica della sostituzione pupillare, all'affermarsi di talune regole, concordemente, presso giuristi assai diversi per tempo e per indole, senza che per esse appaiano traccie di dubbi e di dissensi; e abbiamo assistito, invece, all'affermarsi di dubbi e di dissensi profondi e sostanziali, sopra talune altre regole, e anche sopra singole applicazioni, da recarsi, nei casi concreti, a quelle stesse, che per sè, e nella massima parte delle loro applicazioni, si trovano accolte concordemente. In ispecie cotali dissensi vedemmo pronunziarsi spiccatamente fra i giuristi di due momenti, che per molti lati degli istituti successori si trovano in contrapposto: i giuristi del momento adrianeo e di quello dei Severi. Possiamo omai, colla scorta delle precedenti ricerche, valutare l'indole di quei dissensi, e trarne diretto profitto, per cogliere il concetto che da essi traluce del nostro istituto.

§ 2. Regole certe, e indiscusse dai giuristi dei due momenti, vedemmo esser quelle, che determinano la commisurazione dell'onere dei legati, dovuti dal sostituito, o perchè imposti a lui come tale, o perchè imposti all' impubere a cui succede, all'ammontare dell'eredità paterna, valutata alla morte del padre, e la complessiva computazione della Falcidia pei legati, imposti dal testatore e

all'impubere istituito e al sostituitogli pupillarmente: *patre de suo legat* e *in tabulis patris et filii una Falcidia servatur* (cap. III, §§, 1-7). E però, rispetto a codeste regole, il sostituito non v'ha dubbio si trovi uguagliato ad un istituito del padre. Ma, circa l'applicazione di queste ad un caso particolare, e propriamente a quello di più sostituiti pupillarmente, se tal concetto del sostituito equiparato all'istituito precisamente e lucidamente si afferma, pel momento giulianeo, col noto passo di Gaio, 35, 2, 80 pr., che pronunzia il computo della Falcidia, separatamente per ciascuno dei più sostituiti, quale dovrebbe effettuarsi per ciascuno dei più istituiti, (cap. III, § 8) esso invece già appare illanguidito, in sull'inizio del momento dei Severi, con Papiniano; dacchè questi tiene necessario dedicare un'apposita *quaestio*, *D.* 35, 2, 11, 6, a dimostrare diffusamente la regola che Gaio semplicemente esponeva, ed a rimuovere il dubbio che le due regole capitali sopra il computo della Falcidia avessero ad essere interpetrate, nel senso di una computazione complessiva per tutti i sostituiti (cap. III, § 9): quale, proprio poco appresso, troviamo pronunziata da Ulpiano, nel tanto discusso frammento dei *D.* 35, 3, 1, 3, (cap. III, § 10).

E per codesto illanguimento, già appunto in Papiniano, del concetto tradizionale, che informa le due regole sul computo della Falcidia, dà occasione ad un istruttivo riscontro anche l'applicazione da darsi a quelle, nel caso in cui concorra, nel sostituito pupillarmente, anche la qualità di coistituito coll'impubere, che pure è oggetto di dubbi e di dissensi.

Mentre invero Giuliano, nel *D.* 35, 2, 87, 4. 5. 8, originariamente, e liberato il § 4 dalla nota, che secondo noi vi fu apposta (cap. III, § 13), fissa come regola che i legati debbano computarsi complessivamente sopra le due porzioni d'istituzione e di sostituzione, senza riguardo all'essere onerata quella sola, o quella in maggior misura dell'altra, Papiniano invece non lo segue più nel *D.* 35, 2, 11, 7; dacchè, ponendo egli a riscontro le due po-

sizioni dell'istituito del padre a sè medesimo e del sostituito pupillarmente all'impubere, avverte uno stento ad assimilarle, e a concepire il sostituito pupillarmente ed istituito, in ugual guisa che un istituito in due quote di una medesima eredità, nell'una *pure*, nell'altra *sub condicione*, quale concepiva invece Giuliano, pronunziando codesta complessiva computazione (cap. III, § 14). E pertanto qui il dissenso di Papiniano da Giuliano ci si manifesta determinato dallo sforzo di assimilare il sostituito ad un istituito del padre, sforzo, che già doveva essersi pronunziato al suo tempo, benchè Papiniano non per ogni lato lo avvertisse, e anzi, nella *quaestio* testè accennata, circa il caso dei più sostituiti da ricondursi *ad intellectum institutionis*, se ne mostrasse tuttora libero: — il quale sforzo si riduce poi, appena occorre avvertirlo, all'affermarsi, tra il padre disponente ed il sostituito, della personalità, prima inavvertita, dell'impubere, pel quale la sostituzione è disposta.

§ 3. Analoga tendenza presentano altri dissensi fra i giuristi dei due momenti, e già illustrati dalle ricerche che precedono: in ispecie i dissensi, circa il rapporto con che stanno connesse le due eredità del padre e dell'impubere, nel caso in cui concorra in una medesima persona la chiamata ad entrambe. È capitale il contrasto fra la pronunzia giulianea, che interdice a chi ha repudiato *ex institutione* di adire *ex substitutione*, informandosi al concetto che la *immixtio* del sostituito nell'eredità pupillare valga quale *gestio pro herede* della paterna (*D.* 29, 2, 40), o le due eredità dell'impubere e del padre siano una sola (*eadem hereditas*), sì che la personalità dell'impubere rimanga di tal guisa come compenetrata in quella del padre (cap. I, §§ 7-10); e la pronunzia già di Marcello, e poi di Ulpiano, che ammette cotale separata adizione dell'eredità pupillare, come affatto distinta dalla paterna, in ogni caso, in cui, pel repudio dell'eredità paterna, non cada *destitutum* o materialmente inefficace il testamento, dal quale la sostituzione trae formalmente vigore, o

l'inscindibilità delle due eredità non sia voluta dal padre testatore, e però alla separata adizione della pupillare non contrasti una precisa volontà testamentaria (cap. I, §§ 11-2). E cotal distacco delle due eredità, e il corrispondente affermarsi di quella dell'impubere, come distinta dalla paterna, benchè già iniziatosi, sotto gli Antonini con Marcello (*D.* 29, 2, 40, 36, 1, 28, 2), prosegue per altro gran tratto con Papiniano, che giunge ad ammetterlo, non più singolarmente per la particolare questione proposta a Marcello, ma sì in generale e compiutamente, ammettendo il sostituito ad adire l'eredità pupillare, tenendosi libero da qualsivoglia vincolo e rapporto, diretto o indiretto, colla paterna (D. 28, 6, 12; cap. I, §§ 17-18).

Ma poi, in tal momento dei Severi, il distacco fra le due eredità del padre e dell'impubere, e l'affermarsi della personalità dell'impubere per sè, come libera e distinta dal padre, dovette farsi così deciso e prevalente, che si arrivò anche a dubitare, dai giuristi di quel momento, se potesse repudiare l'eredità pupillare il sostituito che, quale istituito del padre, avesse già adita l'eredità paterna; e taluni risposero coll'affermativa, come esplicitamente ricorda Giustiniano nella costituzione del *C.* 6, 30, 20 (cap. I, § 4).

§ 4. Anche il dissenso dei giuristi del momento adrianeo e di quello dei Severi, circa gli effetti del *ius abstinendi*, fatto valere dall'impubere, rispetto alla deferitagli eredità paterna, in quanto esso importi o meno facoltà del sostituito di adire la eredità pupillare, separatamente dalla paterna, ci si presenta colla medesima tendenza a liberare la personalità dell'impubere dalla paterna, e a pronunziarla come distinta per sè, e fuori del rapporto familiare. Invero l'ammissione di cotale facoltà, che si ha in Marcello ed in Ulpiano, contrariamente a Giavoleno e a Giuliano, s'informa al concetto di una personalità dell'impubere, affatto libera, per l'*abstentio*, dalla eredita paterna, e alla quale importa di assegnare un

continuatore, che è appunto il sostituito chiamato dal padre, che ha rapporto sostanziale diretto ed immediato coll'impubere, e non col padre; al contrario di quello che pensavano Giavoleno e Giuliano, i quali, riconducendo il sostituito al luogo di un istituito del padre, gli negavano ogni partecipazione agli effetti dell'*abstentio*, beneficio singolare al figlio impubere, la cui personalità concepivano compenetrata in quella paterna (Cap. II, §§ 4-5).

Mentre poi che di un'egual disputa non si trovi traccia fra i giuristi di quei due momenti, circa gli effetti che esplica, pel sostituito, la *bonorum possessio contra tabulas*, conseguita, *commisso per alium edicto*, dall'impubere, circa la liberazione ch'essa importa anche pel sostituito stesso dalla prestazione di legati, imposti all'impubere a cui succede, a favore di *personae non exceptae*, e si trovino a concordare con Ulpiano nell'ultimo momento (*D.* 37, 5, 5 pr.), Africano, informato tuttavia allo spirito giulianeo (*D.* 28, 6, 35), e Scevola (*D.* 32, 103, 2-3) (cap. II, §§ 7-12), non può recar meraviglia, data la singolare natura e funzione della *bonor. possessio contra tabulas*. Questa, invero, tende a ricondurre la volontà del testatore alle norme fissate dalla successione pretoria, rettificandola solo in quanto occorra per codesto scopo, e ricercando l'esplicazione ch'essa avrebbe avuto, qualora fosse partita dal concetto fondamentale determinante quest'ultima. Doveva per questo riuscire necessario, quanto naturale, che la persona, chiamata dalla volontà del padre a succedere all'impubere, avesse a trovarsi, circa l'obbligo di prestare i legati, nella medesima posizione data all'impubere dal diritto pretorio, e quale presumibilmente le avrebbe assegnato lo stesso padre testatore, se avesse disposto corrispondentemente alle norme di questo: e che di tal guisa anche il sostituito, come l'impubere, si trovasse a dover prestare, dei legati imposti a costui nel testamento, solo quelli a favore di *personae exceptae*, non gli altri. Sulla quale regola, come svoltasi dall'essenza medesima dell'istituto pretorio della *bonorum possessio contra tabulas*, è naturale che non muovessero dubbi neppure i giuristi del momento adrianeo.

§ 5. Già da codesta tendenza, fin qui rilevata, del dissenso fra i giuristi del momento dei Severi ad affermare fra il padre testatore e il sostituito pupillare la personalità dell'impubere, inavvertita dai giuristi del momento adrianeo, si fa manifesto che, dovendo omai concludere sopra il concetto della sostituzione pupillare, noi non potremmo accogliere quello del Baron [1] che lo ricerca in un complesso rapporto di diritto (*Gesammtrechtsverhältniss*), intercedente fra l'impubere ed il sostituito, entrambi eredi del padre testatore, rapporto complesso, proseguente di tal guisa la personalità del padre testatore, e risolubile poi, o colla morte dell'impubere o col raggiungimento di costui dell'età pubere: col qual concetto non si spiegano i rilevati dissensi, che hanno indole ben diversa da quella, che vi ravvisa il Baron, di una negazione o di una ammissione, anche pel sostituito, degli effetti di mutamenti derivati nell'eredità paterna in mano all'impubere. Ma dovremo noi per contro accettare l'altro concetto che la sostituzione pupillare sia classicamente, e fino con Giuliano, disposizione testamentaria pel padre, e il sostituito pupillare sia allora continuatore ed erede del padre, e divenga di poi, dopo i Severi, la sostituzione disposizione pel figlio impubere, ed il sostituito continuatore ed erede di costui?

§ 6. L'indole del dissenso, testè seguìto, inteso a rilevare la personalità dell'impubere fra quella del padre disponente e del sostituito, ci sembra che omai spiani la via a rispondere negativamente anche a codesta domanda, nel senso, con cui si trova proposta e risolta con l'affermativa dalla maggioranza degli odierni scrittori [2], e cioè che classicamente il sostituito abbia ad intendersi continuatore della personalità del padre per sè, singolarmente, individualmente. Nel concetto giulianeo, e più nel concetto classico, a cui Giuliano tuttora s'informa, il sostituito non continua già la

[1] Baron, *op. cit.*, p. 453 e seg.
[2] Cfr. i citati alla nota 4 dell'*introduzione*.

personalità del padre, per sè; ma bensì la personalità del padre, quale capo e rappresentante familiare, e così in quanto assorbe e compenetra in sè la personalità del figlio impubere compartecipe familiare. Il sostituito si riconduce ad *intellectum institutionis*, vale come istituito rispetto al padre, perchè egli è chiamato non a continuare una personalità dell'impubere separata, distinta dalla personalità propria del padre, ma sì a continuare la personalità del padre, alla quale quella dell'impubere è connessa inscindibilmente. Le eredità del padre e dell'impubere costituiscono pertanto un tutt'uno: debbono avere pari accettazione o pari repudio dal sostituito chiamato ad entrambe; nè può pure il sostituito separarle, quando, pel singolare beneficio del *ius abstinendi*, il figlio impubere si sia liberato dai *bona* del padre, rimanendo per altro formalmente continuatore familiare della sua personalità, e proseguendo di tal guisa la personalità sua propria a restare connessa alla paterna.

Ma l'unità classica-familiare, a cui s'informa ancora, con Giuliano, codesto concetto, si dissolve poco appresso: la personalità del singolo sottoposto a potestà si afferma man mano, per più lati, e anche qui liberandosi dalla personalità del padre, ed ecco che nei singoli rapporti fin qui avvertiti si fa rilevante e spiccata la personalità dell'impubere, non più compenetrata in quella del padre, ma libera ed indipendente. E, mentre il padre classicamente dispone con la sostituzione pupillare per un continuatore di sè medesimo, e del figlio impubere insieme, quasi parte di sè, per la potestà che gli spetta, circa l'unità e la disciplina domestica, più tardi, trasformata la *familia*, distaccatasi dalla sua la personalità del figlio, indipendente e libera, egli non dispone più che pel figlio, come distinto da sè, non più pel potere che informa la classica *patria potestas*, importante l'assorbimento della personalità del figlio in quella sua propria, ma bensì per la *pietas paterna*, che omai informa la nuova patria potestà nel diritto dei Severi, e più decisamente e compiutamente l'informa nell'ultimo momento giustinianeo.

§ 7. Il mutato concetto della sostituzione pupillare, per l'affermatasi personalità dell'impubere, distinta dalla paterna, e alla quale omai il padre nomina il continuatore, sciolto sostanzialmente da qualsivoglia rapporto con la personalità sua propria, si appalesa mirabilmente nei dubbi, di cui abbiam traccia, nel momento dei Severi, circa la *querela inofficiosi*, da intentarsi dai prossimi parenti del padre e dell'impubere, contro la disposizione che ordina la sostituzione.

Può, si domanda, intentarsi la *querela* dal fratello del padre testatore, quando altrimenti ne concorrano gli estremi, contro la disposizione, che assegna al figlio e nipote rispettivo un erede? No, rispondeva Papiniano in un passo dei *responsa*, e Ulpiano riferiva (14 *ed.*, *D.* 5, 2, 8, 5), perchè cotale disposizione, benchè redatta dal padre, *filii testamentum est.* Ma lo può per contrario la madre dell'impubere, come legata da vincolo tanto prossimo a costui? No, risponde ancora il medesimo giurista, perchè è ben vero che l'eredità, di cui si dispone con la sostituzione, è del figlio, ma formalmente la disposizione determinante la sostituzione è redatta dal padre: *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater hoc fecit.* Dal che, se traluce già in guisa non dubbia l'affermarsi della personalità dell'impubere, come libera dalla paterna, dal momento che può proporsi la questione circa la *querela* da intentarsi contro la disposizione fatta per lui singolarmente, e che provvede alla sua eredità, appare insieme manifesto come cotale disposizione non rimanga connessa alla personalità del padre che solo formalmente, concependosi essa pur sempre come parte del testamento, formalmente inscindibile da questo: per quanto redatta in forza di un potere del padre, diverso affatto da quello che l'informava classicamente. Nella sostituzione pertanto rimane in genere la formale unità del testamento, *unum testamentum*, laddove classicamente si aveva l'unità sostanziale delle due personalità l'*una hereditas;* personalità che invece da ultimo, già coi Severi, si distaccano man mano.

La *querela* contro la disposizione di sostituzione non può intentarsi fruttuosamente da altro, all'infuori di colui che si trovi in diritto di attaccare il testamento paterno, e insieme stia verso il figlio in tal rapporto, da potere altrimenti infirmarne colla *querela* la disposizione, se fosse da lui redatta: in ispecie dal *suus*, fratello dell'impubere. Ma non può per contro da chi, pure avendo diritto d'attaccare il testamento paterno, non si trovi in tal rapporto verso l'impubere, da potere analogamente avanzar pretese sulla sua eredità, e infirmare la disposizione che ne lo privava, come appunto il *frater patris*. In tal caso si pronunzia la rescissione del testamento paterno; non della disposizione pupillare, con una deroga alla stessa unità formale delle due disposizioni, ma, ancor più, con una spiccata affermazione sostanziale della personalità dell'impubere, libera dalla personalità paterna. Cotal senso par certo da attribuirsi all'ultimo periodo del passo, in connessione precisa con ciò, che vi precede; esclusa perciò la congettura, che potrebbe presentarsi a tutta prima, per apparenze meramente formali, di un'interpolazione nelle ultime parole *nisi si* ecc. [3]

Ulp., *14 ed.*, *D.* 5, 2, 8 § 5: Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit): nec patris frater quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

§ 8. Di tal guisa la facoltà del padre di disporre testamentariamente anche per l'eredità del figlio impubere, partita da un naturale attributo della potestà familiare, e in un momento, in cui, per questa, la personalità del figlio s'accentrava e si compenetrava nella paterna, diventa a poco a poco, appresso alla giurisprudenza dei

[3] Cfr. su questo fr. segnatamente Francke, *Das Recht der Notherb.*, § 36, p. 453 e seg. e Schröder, *Das Notherbenrecht*, § 69, p. 566-572.

Severi, mera applicazione della *pietas paterna*, assumendo la natura di disposizione testamentaria, redatta per continuare una personalità giuridica, ben separata e distinta da quella del disponente.

E però da ultimo il sostituito pupillare, di continuatore, che era classicamente, della complessa personalità del padre e del figlio, quali congiunte familiarmente, diventa erede vero e proprio dell'impubere. Per codesta mutazione sostanziale, avvenuta nella sua essenza, la sostituzione pupillare, passata dall'ultimo diritto romano giustinianeo ai diritti moderni, fu in primo luogo data anche alla madre, nei diritti che riconobbero anche ad essa, in mancanza del padre, codesta nuova *patria potestas*, informata alla *pietas*, e in secondo luogo si volse essenzialmente a provvedere ai *bona* dell'impubere, in quanto derivati dal padre o dalla madre disponenti, e persino, in tal senso di provvedimento pei *bona* lasciati all'impubere, fu concessa talora non solo ad altri ascendenti, ma anche a collaterali [4], toccando così più veramente la sostituzione fedecommissaria, o riuscendo senz'altro una sottospecie di essa.

Con questa nuova sostituzione pupillare, si riuscì pertanto ad un istituto, che del classico romano non ritenne nulla più che il nome; e perciò naturalmente il ricorso alle fonti romane, che ritraevano quest'ultimo nel suo momento vero e genuino, fino a Giuliano, non valse, nè potè valere, che a crear dubbi e confusioni, non scevre di conseguenze praticamente assai gravi [5].

Sorta dalla *familia* romana e dalla costituzione classica di essa, la sostituzione pupillare non avrebbe forse dovuto sopravviverle, come pianta strappata dal suo naturale terreno. Una tarda, ma pure assai significante affermazione di codesto concetto, che può

[4] Cfr. *Leggi civili delle due Sicilie*, art. 936-40. Sulle discussioni relative alla esclusione della sostituzione pupillare dal Codice civile italiano cfr. Pacifici Mazzoni *Cod. civ. it.*, VII, 348, nota.

[5] Da tal ricorso alle fonti classiche deriva sostanzialmente il dissenso della giurisprudenza italiana, avvertito alle note 9-12 dell' *introduzione*.

valere qui come sintesi dell'evoluzione storica studiata pel nostro istituto, si ha nella tendenza già prevalsa nei diritti moderni ad abolirla; tendenza alla quale è assai notevole come s'informi testè lo stesso progetto del Codice civile germanico. [6]

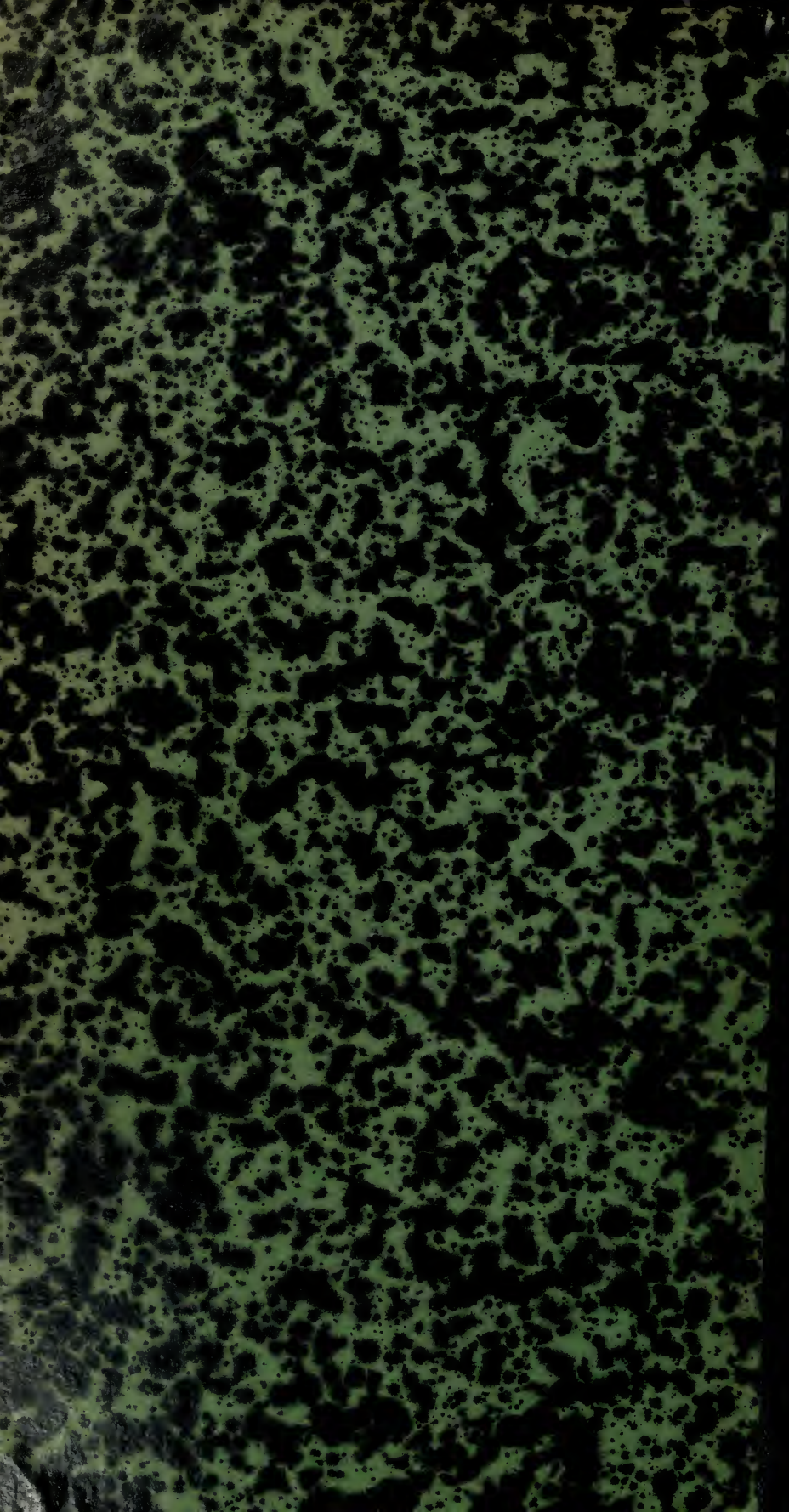
EMILIO COSTA.

[6] Cfr. *Motive zu dem Entwurfe eines burgerl. Gesetzbuches*, § 1841, V, p. 132-3, e le buone osservazioni che sull'applicabilità odierna della sostituzione pupillare presenta il DERNBURG, *Lehrb. des Preuss. Privatrechts*, 4 Aufl., Halle, 1884, III, § 161, p. 464-7.

20

K
9
S75
anno 6

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY